

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

DANIELLE PIEREZAN DE ARAGÃO

**RISCO INERENTE E O DESCABIMENTO DE INDENIZAÇÃO POR
DANOS ORIUNDOS DO TABAGISMO NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ**

**FLORIANÓPOLIS
2015**

DANIELLE PIEREZAN DE ARAGÃO

RISCO INERENTE E O CABIMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS
ORIUNDOS DO TABAGISMO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel em DIREITO pela Universidade
Federal de Santa Catarina.

Orientador: RAFAEL PETEFFI DA SILVA

FLORIANÓPOLIS
2015



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): **Danielle Pierezan de Aragão**

RG: **52425649**

CPF: **07828151977**

Matrícula: **10200048**

Título do TCC: **Risco Inerente e o Cabimento de Indenização por Danos**
Oriundos do Tabagismo

Orientador(a): **Rafael Peteffi da Silva**

Eu, **Danielle Pierezan de Aragão**, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 11 de Dezembro de 2015

Danielle Pierezan de Aragão

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

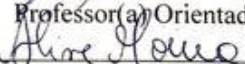
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**Risco Inerente e o Cabimento de Indenização por Danos Oriundos do Tabagismo**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Danielle Pierezan de Aragão**, defendido em **11/12/2015** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 9,5 (nove e meio), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

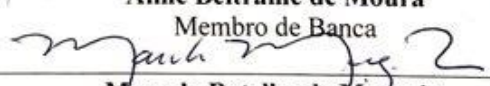
Florianópolis, 11 de Dezembro de 2015



Rafael Peteffi da Silva
Professor(a) Orientador(a)



Aline Beltrame de Moura
Membro de Banca



Marcelo Botelho de Mesquita
Membro de Banca

RESUMO

O presente trabalho visa estabelecer uma análise doutrinária e jurisprudencial da responsabilidade civil no que concerne o risco inerente, procurando delinear seus elementos a fim de pormenorizar os fatores que compõe os diferentes casos de risco inerente com vistas de, ao fim, aplicar o conceito aos casos de indenização por danos oriundos do tabagismo. Para tanto, e considerando-se risco inerente uma nomenclatura imprópria, vez que confunde risco com periculosidade, analisa-se no presente trabalho principalmente os diferentes tipos de periculosidade e de defeito, confrontando esta vertente à adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, analisando-a à luz do REsp. 1.113.804. Assim, tem-se a expectativa de estabelecer um recorte atual no âmbito do risco inerente, cruzando-se os posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários levantados.

Palavras-chave: responsabilidade civil, risco inerente, periculosidade, defeito do produto, jurisprudência.

ABSTRACT

This term paper proposes to establish an analysis based on legal doctrine and court cases concerning civil liability, particularly regarding the inherited risk of the product or service, seeking to determinate its features in order to detail and precise the elements that make up the different usages of the concept of inherited risk. At last, the monograph aims to apply this concept to the cases of liability of the tobacco industry in cases of damage due to cigarettes consumption. Therefore, and considering improper the naming “inherited risk”, once it mixes up both the concepts of risk and dangerousness, the approach of the legal doctrine and will be faced with the STJ’s judgment, through the judgment of the REsp 1.113.804. In that way, it is expected to establish a current overvier of the law positioning towards the inherited risk, crossing both the doctrine and jurisprudencial standpoints.

Key-words: Civil liability, inherited risk, dangerousness, defect, jurisprudence.

SUMÁRIO

RESUMO.....	IV
1. INTRODUÇÃO.....	7
2.DIREITO DO CONSUMIDOR.....	9
2.1. BREVE HISTÓRICO DO DESENVOLVIMENTO DO DIREITO DO CONSUMIDOR	9
2.2. MASSIFICAÇÃO DO CONSUMO E CONSEQUENTES ABUSIVIDADES	10
2.3. DIREITO DO CONSUMIDOR E A RESPONSABILIDADE CIVIL	12
2.4. DIREITO DO CONSUMIDOR E A REGULAÇÃO DO MERCADO	15
3 RISCO INERENTE DO PRODUTO.....	20
3.1. RISCO INERENTE DO PRODUTO E RESPONSABILIDADE CIVIL.....	20
3.2. TEORIA DA CULPA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA.	23
3.3. RISCO. RISCO PROVEITO. RISCO CRIADO.	25
3.4. RISCO INERENTE	29
3.4.1. Construção doutrinária	31
3.4.2. Critérios considerados.....	33
3.4.3. Construção Jurisprudencial	35
4. ENFRENTAMENTO DA MATÉRIA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	41
4.1. O NEXO CAUSAL	42
4.2. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA	43
4.3. PRODUTO QUE NÃO APRESENTA DEFEITO, MAS RISCO INERENTE ..	45
4.3.1. Cigarro: Produto Defeituoso	46
4.3.2. Cigarro: Produto Potencialmente Nocivo	48
4.3.3. Cigarro: Produto De Alto Grau De Nocividade	50
4.4. CONSIDERAÇÕES FINAIS	52
5. CONCLUSÃO.....	54
6. BIBLIOGRAFIA	57

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa estabelecer uma análise doutrinária e jurisprudencial da responsabilidade civil no que concerne o risco inerente. Iniciar-se-á a partir de uma perspectiva histórica do Direito do Consumidor e da Responsabilidade Civil, com o intuito de compreender a fundamentação e o desenvolvimento de tais institutos até os dias de hoje, observando-se suas tendências sobre a sociedade contemporânea.

Em um segundo momento, passa-se ao estudo direcionado do risco inerente. Frise-se que objeto do presente trabalho é a análise do risco inerente sob a perspectiva do tabaco. Assim, solidificadas as bases gerais que permeiam a noção de risco inerente, especialmente levando-se em consideração os fatores considerados quando da categorização de cada risco, cada perigo e cada defeito, verificar-se-á onde se encontra o cigarro em tal categorização e analisar-se-á tais consequências.

Por fim, analisar-se-á o encaminhamento dado à matéria pelo Superior Tribunal de Justiça, sem que, para tanto, seja preciso trazer à baila pormenorizadamente todos os julgados que enfrentaram a matéria tabagista, uma vez que todos eles seguem o posicionamento exarado no Recurso Especial 1.113.804, julgado em 27/04/2010, de relatoria do Min. Luis Felipe Salomão. Sobre este acórdão, portanto, é que se debruçará a análise jurisprudencial do caso. Deste modo, a análise realizada é tão somente qualitativa, relegando-se a quantitativa por entender que aquela seria mais eficaz ao fim que o presente trabalho se propõe, a saber, a percepção do posicionamento de doutrina e jurisprudência quanto à matéria do risco inerente.

Optou-se pela análise jurisprudencial em um capítulo apartado. Embora isso pudesse ser feito ao longo do texto, analisando ponto a ponto as discussões teóricas e logo em seguida o posicionamento jurisprudencial, preferiu-se prestigiar a clareza da exposição, não interrompendo linhas de raciocínio teóricas com digressões jurisprudenciais. Ademais, entendeu-se que a contraposição entre doutrina e jurisprudência ficaria mais facilmente perceptível com a análise em separado.

Dadas as limitações inerentes a um trabalho de conclusão de curso, as análises doutrinárias tiveram sua amplitude relativamente restringida às teorias mais adotadas pela doutrina e jurisprudência.

Por fim, destaca-se que se buscou ter como pressuposto o enfrentamento crítico dos institutos estudados, especialmente quando confrontados com a realidade atual da sociedade contemporânea e dos motes hodiernamente em voga. Esse foi o norte que se deu especialmente quando da solução ofertada para o caso das ações de indenização por dano oriundo do uso de cigarro, ainda que se reconheça que tal viabilidade depende de diversas outras questões que estão além do objeto do presente estudo.

2. DIREITO DO CONSUMIDOR

2.1. BREVE HISTÓRICO DO DESENVOLVIMENTO DO DIREITO DO CONSUMIDOR

As práticas comerciais encontram-se enraizadas na sociedade desde o período da antiguidade. O próprio Código de Hamurabi já mostrava tendências ao controle das disparidades de armas e a possibilidade de consertá-la, desde a assunção de possibilidade de modificações unilaterais dos contratos - como, por exemplo, a Lei 48 e a ideia da tangibilidade contratual considerando eventos futuros e incontroláveis - até mesmo a previsão de proteção do comprador ante a possibilidade de vícios redibitórios do produto, conforme preconizava a Lei 235, a qual se colaciona a título de elucidação:

Lei 235 - Se um bateleiro constrói para alguém um barco e não o faz solidamente, se no mesmo ano o barco é expedido e sofre avaria, o bateleiro deverá desfazer o barco e refazê-lo solidamente à sua custa; o barco sólido ele deverá dá-lo ao proprietário.

Até a Idade Média, todo o trâmite comercial era feito entre fornecedor e destinatário final, de modo que havia entre eles relação de igualdade, onde era permitido ao consumidor principalmente conhecer as características do produto consumido, em virtude da relação direta que mantinha com seu produtor - que era o próprio fornecedor.

A partir da Baixa Idade Média, no entanto, emergiram as relações de consumo que deram origem ao que conhecemos hoje como mercado, com o surgimento da burguesia, grupo social o qual tinha suas atividades intrinsecamente ligada às práticas mercantis. Nesta conjuntura, e também motivado pelas cruzadas e pela possibilidade de negociações à longa distância, um novo tipo comércio surge, o qual se vale de

diversos intermediários entre o produtor e o consumidor final, especialmente por se tratar do começo do comércio internacional.

O período industrial, por sua vez, ocorreu em consequência do crescimento das relações de consumo e da demanda do mercado. Permitindo a massificação da produção e seu barateamento, também se aumentou consideravelmente a quantidade das relações de consumo.

2.2. MASSIFICAÇÃO DO CONSUMO E CONSEQUENTES ABUSIVIDADES

Na sociedade atual, a massificação das relações de consumo se materializa de maneira bastante clara quando se verifica a introdução dos contratos de massa - notadamente os de adesão - na sociedade.

Ainda que separados por intermediadores, até a consolidação das contratações em massa ainda se verificava a possibilidade de os entes de cada polo da relação - fornecedor e consumidor - discutirem de maneira equilibrada os termos de suas avenças, ou seja, tratava-se de contratos paritários ou individuais, de acordo com a classificação de Cláudia Lima Marques (2002, p. 52): “[...] Contratos paritários, discutidos individualmente, cláusula a cláusula, em condições de igualdade e com tempo para tratativas preliminares”.

A predominância da contratação em massa (ou contratação estandardizada) se verifica, portanto, na grande maioria das relações comerciais. Dentre os contratos de massa, o que mais se sobressai e ganha viço à luz da Defesa do Consumidor é, sem dúvida, o contrato de adesão.

Tal espécie é definida principalmente pela redação unilateral de seu teor e pela impossibilidade de discussão ou alteração de suas cláusulas pelo contratante-consumidor, que se limita a aceitar ou rejeitar a totalidade da avença (*take it or leave it basis*). Neste sentido, é lógico concluir que a redação formulada pelo contratado-fornecedor tenderá sempre à sua proteção e, tanto quanto possível, sua isenção de responsabilidade sobre qualquer hipótese.

Por esse motivo, o contrato de adesão roga ser balizado e restrito posteriormente, pelas vias legais, principalmente para que se coiba eventuais abusividades. Sobre o tema, leciona Marques:

A abusividade contratual é, portanto, o desequilíbrio ou descompasso de direitos e obrigações entre as partes, desequilíbrio de direitos e obrigações típicos àquele contrato específico; é a unilateralidade excessiva, é a previsão que impede a realização total do objetivo contratual, que frustra os interesses básicos das partes presentes naquele tipo de relação, é, igualmente, a autorização de atuação futura contrária à boa-fé, arbitrária ou lesionária aos interesses do outro contratante, é a autorização de abuso no exercício da posição contratual preponderante (*matchposition*) (MARQUES, 2002, p. 148).

Em vista do flagrante fenômeno da massificação do consumo e da consequente avalanche de contratação – notoriamente entre desconhecidos e em situações desiguais de poder –, não socorre outra sorte ao direito senão debruçar-se com técnica sobre a questão da regulamentação da relação consumerista e da proteção do consumidor ante o fornecedor.

O direito português, por exemplo, ingressou na proteção do consumidor na esfera penal, tipificando como crime, por exemplo, a venda de substâncias venenosas e abortivas e até mesmo a venda de alimentos prejudiciais à saúde pública, ainda no século XIX. Países como a Suécia e os Estados Unidos, por sua vez, manifestaram-se nesse sentido na segunda década do século XX.

No Brasil, este movimento começou a tomar força a partir da sanção de decretos nacionais acerca da saúde, proteção econômica e de comunicação entre as décadas de 1940 e 1960. No entanto, a Constituição Federal de 1988 é aquela que vem consagrar o Direito do Consumidor como um princípio da ordem econômica, em seu artigo 170, e determinar a criação de uma legislação específica para este fim.

2.3. DIREITO DO CONSUMIDOR E A RESPONSABILIDADE CIVIL

O Direito do Consumidor tem como principal escopo a proteção dos hipossuficientes nas relações consumeristas. De acordo com Antônio Herman Benjamin (1994 ,p. 22), “o tema de proteção do consumidor surgiu do reconhecimento de que a crescente vulnerabilidade de um dos parceiros na relação econômica estava pondo em risco a própria economia de mercado”. Em se deixando de proteger o consumidor, deixar-se-ia o mercado à mercê dos oligopólios, da concentração de mercado e dos *lobbies* de empresas que objetivam seu próprio fomento. Por essa razão, nos últimos 30 anos, a tutela consumerista manifestou-se e veio se consolidando como uma resposta à evolução da sociedade, que cada vez mais apresentava um processo de tecnologização e impessoalidade. Nesse esboço, aponta Benjamin:

Em outras palavras, para que o mercado continuasse a se desenvolver – significando mais investimentos e pesquisas, novas tecnologias e bens de consumo, progresso constante nas técnicas de comercialização e de *marketing* – fazia-se necessário um fortalecimento da posição do consumidor. Um consumidor fortalecido, um mercado mais forte e dinâmico! (BENJAMIN, 1994, p. 22)

Por decorrência, a discussão acerca da responsabilização daqueles que desempenham e exploram atividades econômicas é consequência inafastável. No Brasil, este movimento se tornou notável a partir da promulgação da Constituição Federal, de 1988, e do Código de Defesa do Consumidor, em 1990. A Constituição Federal prevê que o Estado promoverá a defesa do consumidor, na forma da lei (art. 5º, XXXII, da CF) e, no tocante aos princípios gerais da atividade econômica, assegurará a defesa do consumidor, concomitantemente à valorização do trabalho humano e da livre iniciativa (art. 170, V, da CF). Contudo, assinala José Afonso da Silva que a Carta Magna ainda é anêmica no tocante à proteção dos direitos consumeristas:

Sente-se que a Constituição foi tímida no dispor sobre a proteção dos consumidores. (...) Realça de importância, contudo, sua inserção entre os direitos fundamentais, com o que se erigem os consumidores à categoria de titulares de direitos constitucionais fundamentais. Conjugue-se isso com a consideração no art. 170, V, que eleva a defesa do consumidor à condição de princípio da ordem econômica. (SILVA, 2000, p. 266)

Silva ressalta ainda que há uma tênue ideia de defesa do consumidor em outra porção da Constituição Federal, quando essa trata da repressão ao abuso de poder econômico, em seu artigo 173, § 4º (“A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”). Acerca do tema, discorre sobre o histórico da defesa do consumidor nas constituições brasileiras, atual e pretéritas, nos seguintes termos:

É bem verdade que as constituições brasileiras, desde 1946, inscreveram um dispositivo que poderia servir de base à proteção do consumidor, se fosse eficaz. Referimo-nos à repressão do abuso de poder econômico, que, na Constituição de 1988, aparece com enunciado menos eficaz ainda, porque o fez depender de lei. Esta é que “reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (art. 173, §4º). (SILVA, 2000, p. 266)

Via de consequência, o Código de Defesa do Consumidor é, por sua vez, o garantidor dos interesses juridicamente protegidos daqueles enfraquecidos nas relações comerciais. Enquanto o Código Civil tutela as relações que gozam de paridade de armas, o Código de Defesa do Consumidor presta-se a resguardar as relações cujas disparidades são inatas. Esse de maneira nenhuma se presta a substituir aquele, mas tão somente a complementá-lo nos pontos onde acarretaria flagrante injustiça sua aplicação. Com efeito, translada-se da doutrina:

Nesse sentido, é fácil perceber que um movimento consumerista não é uma “revolta” contra o mercado; ao contrário, é corrente em favor do mercado. Mas para que assim seja impõe-se a correção dos desvios – *market failures* – que amealham a confiabilidade e estabilidade das relações de trocas. Daí o imperativo da revisão profunda de todo o modelo jurídico que, direta ou

indiretamente, fomentou, permitiu ou simplesmente legitimou tais falhas econômicas. (BENJAIN, 1994, p. 22)

O Direito e a Política do Consumidor pretendem também evitar o debilitamento do mercado, tendendo a preservá-lo e a garantir seu equilíbrio e transparência, levando em conta o interesse social (“Patentes medicinales, monopolios y derechos del consumidor, in *La Ley*, Buenos Aires, 5 de mayo de 1994, p. 1) (STIGLITZ; NAPOLITANO *apud* BENJAMIN, 1994, p. 16).

Importante também destacar que em nenhuma parte do referido diploma normativo há a descrição ou mesmo a definição do que é ou em que consiste uma relação de consumo. A tarefa, de fato, é designada à jurisprudência. Não obstante, o art. 2º do Código de Defesa do Consumidor determina que “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Há também o reconhecimento do consumidor vulnerável (art. 4º, I, do CDC), do consumidor vítima (art. 17 do CDC) e do consumidor como agente passivo ou por equiparação (art. 29 do CDC). Sob essa ótica, adiciona Benjamin:

Os consumidores não são uma categoria homogênea ou, muito menos, uma “classe”. De fato, basta um simples olhar no mercado para verificarmos que existem consumidores ricos e pobres, instruídos e analfabetos, organizados e desorganizados, capazes de se autodefenderem e dependentes do auxílio estatal. Mais além, há consumidores de produtos e serviços essenciais e consumidores de produtos e serviços sofisticados (cf. Guido Alpa, ob. cit., p. 24). **Nenhuma norma de proteção ao consumidor – ou qualquer outra que influencie sua posição – pode desconhecer tal realidade** (BENJAMIN, 1994, p. 25, grifos acrescidos).

Nesse contexto, essencial considerar o efeito inibitório ou de estimulação que permeia toda e qualquer norma jurídica e afeta diretamente a sociedade e as relações como um todo. Como bem assinalou Benjamin, a população de consumidores não é formada a partir de sujeitos parelhos e afins, de modo que ter em mente os efeitos práticos que a legislação terá sobre toda a comunidade é essencial.

Assim, o Código de Defesa do Consumidor possui um caráter eminentemente pedagógico, com intuito claro de, para além de regular, educar e estimular os

fornecedores, produtores e afins às boas práticas e condutas. Deste modo, o posicionamento dos tribunais brasileiros e suas decisões também gozam de cunho instrutivo e didático para a sociedade e o mercado como um todo. Neste sentido, ensina Benjamin:

Qualquer instrumento jurídico que afete o relacionamento dos protagonistas do mercado deve levar em consideração seu **impacto como inibidor ou propulsor, no fortalecimento da posição do consumidor, pois quanto mais protegido estiver este, mais maduro e equilibrado estará o mercado.** (BENJAMIN, 1994, p. 26, grifo acrescido)

Importante ter em vista que há diversas maneiras de manipular a receptividade do mercado a um determinado produto. O estímulo ou desincentivo de uma prática não se restringe somente às vias legislativa e forense, mas pode ser animada também a partir da tributação que vier a tornar mais onerosa qualquer atividade que não se entenda positiva ou benéfica para a sociedade. O custo de um bem ou serviço influencia diretamente sua aceitabilidade e consequente demanda no mercado.

2.4. DIREITO DO CONSUMIDOR E A REGULAÇÃO DO MERCADO

Já é cediço para a economia que o conceito de *preço* não é equivalente ao *valor que se considera justo* para um determinado produto, mas abarca em si toda uma política de Estado.

Além disto, e pela via inversa, o preço também se regula pela aceitabilidade do consumidor. Assim, de um lado está o governo, incentivando ou coibindo o consumo de determinados itens e, de outro, o consumidor emanando o decreto final acerca da receptividade do produto pelo mercado quando do sopesamento do preço *versus* o valor da coisa. Nesse sentido, leciona Benjamin:

O preço, como se sabe, é um dos aspectos mais importantes na proteção do consumidor. Na medida em que significa a contraprestação do consumidor, tem ele um enorme impacto na implementação do direito de acesso ao consumo. Não só é ele medida de troca, como também se configura como indicador excelente de transparência, eficiência e justiça no mercado. Nenhum programa de consumidor, jurídico ou não, pode deixar de levar em conta o fator preço. (BENJAMIN, 2014, p. 23)

Além disso, importante observar que compõem o custo final de um produto também os valores oriundos do risco – a chamada socialização de riscos, conforme aponta o magistrado Caio Roberto Souto de Moura:

Sob esse prisma, observa-se o efetivo deslocamento do instituto da reparação civil, da função quase penal de punir o causador, à função distributiva do ônus decorrente do dano, em preocupação preponderante com a vítima. (...) Na prática, tais atividades acabam por também distribuir tais ônus, através de sua inclusão no custo ou preço dos serviços que prestam, embora tal distribuição encontre limites nos preços admitidos pelo mercado, em um cenário de concorrência. (MOURA, 2005, p. 9)

Portanto, além de se considerar todas as variáveis da precificação (oferta, demanda, distribuição, tributação etc.), também é importante considerar os custos envolvidos na asseguuração da reparação das vítimas de eventuais danos causados por parte daquele que desempenha atividade potencialmente danosa (os riscos socializados).

Esses custos extras devem ser então redistribuídos na vendagem de determinada mercadoria, de modo que, ainda que indiretamente, os possíveis riscos gerados onerem o produto e sobrecarreguem quando da avaliação de valia de um produto, mencionada anteriormente. Este assunto será aprofundado oportunamente, depois de já realizada a devida introdução da responsabilidade civil afeta à questão do direito do consumidor, notadamente quando se fala em risco inerente.

Portanto, assim como se verificam diferentes patamares de consumidores, variam as formas e modalidades de definição e função da marcação de preço nos produtos, há também diferenciações nos tipos de artefatos que são consumidos pela

sociedade. É de se considerar principalmente o atendimento às necessidades básicas do consumidor e, assim, aferir a necessidade de consumo de determinada mercadoria, para, posteriormente, avaliar-se os riscos envolvidos no uso de cada uma delas.

No que se refere à necessidade de consumo, pode-se dividir os serviços ou bens em necessários (“são vitais para a sobrevivência básica do ser humano. Suprem eles certas carências básicas dos consumidores. São os alimentos, os fármacos, alguns serviços públicos (como transporte, eletricidade, água), etc”) ou residuais (“é tudo aquilo que não é de consumo necessário”), de acordo com Benjamin (1994, p. 25).

A inserção destes produtos no mercado, da mesma forma, pode ser coibida ou estimulada pelo Estado. Benjamin assevera que alguns são avessos a qualquer tipo de patente, sendo que o mesmo pode ocorrer no campo da legalização ou proibição de determinados produtos ou serviços (como já ocorre com as drogas, por exemplo), especialmente levando-se em consideração os valores protegidos pela Carta Maior e pelas normas reguladoras internacionais:

Assim, p. ex., o legislador deve ser extremamente cauteloso na análise do patenteamento de fármacos, alimentos e seres vivos. Aqueles, como bem lembrado, “não são produtos de consumo como os outros” (Nadine Frassele, ob. Cit., p. 90). **Aqui estão em jogo valores assegurados seja pelas diversas constituições nacionais, seja por uma grande gama de tratados e convenções internacionais** (BENJAMIN, pp. 25 e 26) (grifos acrescidos)
 “Se o risco não for aceito, e o uso previsível, o produto deveria ser retirado do mercado, cabendo ação de remoção do ilícito (BENJAMIN, 1994, p. 13)

Quando da diferenciação de regime jurídico imposto a um ou outro tipo de produto, o artigo 8º do Código de Defesa do Consumidor determina que *“os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis”*, ou seja, aqueles decorrentes do seu uso normal e também potencial. Nesses casos, obrigam-se os fornecedores “a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito”, acrescentando-se ainda que os produtos que apresentem risco normal e previsível e que forem industrializados deverão ser acompanhados de impressos apropriados que informem os perigos envolvidos em seu uso.

A propósito, destaca-se:

[...]deixe-se claro que a “informação” deve advertir sobre a utilização do produto e sobre seus riscos¹. Portanto, não basta apenas informar como usar o produto, mas também o que pode ocorrer diante do seu uso. Nesse sentido, não é suficiente advertir o que, em regra, pode acontecer, mas sim tudo o que possa vir a ocorrer, desde que razoavelmente previsível diante do dever de segurança do fornecedor ou do fabricante, vale dizer, do seu dever de prever o que pode prejudicar o consumidor (FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002, p. 147) (MARINONI, 2008, p. 12).

Ainda no que se refere ao apontamento realizado por Benjamin, sobre o grupo “consumidores” ser notadamente heterogêneo e, portanto, requerer cuidados especiais sempre que se voltar a este público, adiciona Marinoni acerca das informações devidas pelos fabricantes aos consumidores:

Frise-se que a informação deve considerar o *padrão do consumidor a que se destina*. Isso não pode deixar de ser levado em conta quando o público consumidor não é formado por pessoas “esclarecidas” ou “alfabetizadas”, sob pena de se considerar adequada uma informação que não atinge o público-alvo, ou que somente atingiria o consumidor de uma camada cultural ou social ou mesmo de outra região, Estado ou país (MARINONI, 2008, p. 12)

A legislação, portanto, parece considerar que a resposta proporcional e justa ao risco oferecido pelos produtos é mormente o dever de informação, conforme dicção do artigo 8º, *caput* e parágrafo único. O artigo 9º ainda especifica esta obrigação, determinando que “o fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade”.

Nesse sentido:

Além disso, todo serviço deve corresponder ao resultado e aos riscos que dele se esperam. Tal resultado, como óbvio, é o prometido pela natureza do serviço, levando-se em conta, especialmente, a sua publicidade e as informações que o

acompanham. No que diz respeito ao risco, deve ser considerado se o serviço, por sua natureza, deve gerar riscos normais e previsíveis, ou se existe um serviço potencialmente nocivo ou perigoso. Nos dois casos, como é evidente, as informações deverão ser adequadas, mas no segundo, de “ostensivas” (MARINONI, 2008, p. 17).

É inegável, portanto, o caráter necessário e providencial que a proteção do consumidor desempenha hodiernamente. Na sociedade de vasto consumo em que vivemos, a única maneira de manter os princípios basilares da vida civil no que diz respeito à contratação de massa é fortificando a esfera do direito consumerista, especialmente considerando que esta é a modalidade mais amplamente praticada pelos cidadãos comuns.

Nesta toada, a discussão acerca dos tipos de risco com que arcam ambos fornecedores e consumidores, bem como quais riscos são dignos de serem assumidos pela sociedade de consumo e que critérios os compõem – entre estes, os riscos inerentes dos produtos –, são as novas discussões que surgem e se delineiam com o amadurecimento da proteção do consumidor.

3. RISCO INERENTE DO PRODUTO

3.1. RISCO INERENTE DO PRODUTO E RESPONSABILIDADE CIVIL

Risco é a possibilidade ao qual está sujeito qualquer pessoa ou coisa à deterioração ou perecimento, ou seja, a causas externas que implicam em dano ou prejuízo de qualquer sorte. O direito brasileiro, por sua vez, é cediço no que diz respeito à responsabilidade do causador do dano de indenizá-lo – ou seja, fazer o possível para reverter o dano ou, em sendo impossível, amenizar suas consequências. Caio Mário da Silva Pereira consagra *risco*, também, como o fundamento basilar de toda a responsabilidade civil, senão vejamos:

“Em termos de responsabilidade civil, risco tem sentido especial, e sobre ele a doutrina civilista, desde o século passado, vem-se projetando, com o objetivo de erigi-lo em fundamento do dever de reparar, com visos de exclusividade, ou como extremação de teoria própria, oposta à culpa” (PEREIRA, 1989, p. 298)

Em se tratando de relações de consumo, também não resta margem para dúvidas, portanto, que a interpretação da responsabilidade se dá de maneira objetiva – salvo raras exceções como, por exemplo, os casos de danos causados pro profissionais liberais no exercício de suas atividades.

Um dos fatores mais controversos em relação à responsabilização dos produtores pelos danos causados por seus produtos é o conceito de risco inerente. Trata-se de construção doutrinária que, por ora, é imprecisa. Portanto, deve ser destrinchada e analisada pormenorizadamente, de modo que se delineie uma teoria geral a qual poderá ser precisamente aplicada a todos os gêneros e espécies de *risco inerente* oportunamente classificados neste trabalho.

Embora até o momento não haja qualquer norma taxativa determinando quais são os produtos de risco inerente, a Constituição Federal indica, em seu art. 220, §4º,

restringe a propaganda de produtos tais como tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos e outros, adicionando que tais veiculações conterão, sempre que necessário, as advertências cabíveis acerca dos possíveis malefícios oriundos de seus usos. Embora o dever de prestar informações incumbido aos fornecedores destes produtos esteja alocado no artigo que trata da liberdade de expressão, “há que se fazer distinção entre liberdade de informação e direito à informação”, conforme leciona José Afonso da Silva (2000, p. 248).

O conceito de risco inerente, entretanto, carece de definição normativa, dada a generalidade da formulação, havendo de ser suprido no caso concreto, pelo aplicador da norma. (...) A solução para a constatação, no caso concreto, da periculosidade inerente, deve levar em conta o contexto social onde se desenvolve a atividade, tendências normativas e mesmo a aplicação intersistemática de conceitos de periculosidade advindos de outros sistemas jurídicos (trabalhista, previdenciário, etc.). (MOURA, 2005, p. 21)

O Superior Tribunal de Justiça já se debruçou sobre o assunto diversas vezes e determina que o risco inerente diferencia-se do defeito do produto uma vez que este se consubstancia na falha que se desvia da normalidade esperada, enquanto aquele consiste em uma característica inata, inerente e inafastável.

O eminente Ministro Luís Felipe Salomão, no emblemático acórdão REsp 1.113.804 que analisou o cabimento de indenização por danos oriundos do uso de tabaco, ressaltou que, sendo o caso de produto defeituoso, “seria possível a troca do produto viciado por outro em perfeitas condições de uso”, o que se conclui impossível no caso dos produtos considerados de risco inerente, vez que todos os exemplares ostentam os mesmos problemas constatados na amostra maculada. Ou seja, não se trata de erro ou desvio do padrão, mas de qualidade intrínseca da coisa.

Contudo, a doutrina assinala que tal definição é confusa uma vez que confunde *risco* e *nocividade*, os quais são conceitos jurídicos distintos e não podem ser usados um para adjetivar o outro. “Por conseguinte, falar pura e simplesmente de “risco inerente” resulta em imprecisão, ainda mais quando o que realmente se pretende expressar é o contrário do que literalmente se diz”, assevera Pasqualotto (2014, p. 18).

Além disso, tal categorização não deveria implicar necessariamente na isenção do dever de indenizar no caso de causação de dano, conforme vem se posicionando o Egrégio Superior Tribunal de Justiça. Isto porque a questão do risco inerente inclui diversas outras facetas e têm subdivisões que diferenciarão a aplicabilidade de tal classificação de acordo com a natureza do produto, e até mesmo sua utilidade social.

Neste sentido, destaca Cavalieri Filho que “a regra é a de que os danos decorrentes da periculosidade inerente não dão ensejo ao dever de indenizar, salvo se houver defeito de informação” (1999, p. 16). Contudo, impele destacar tal assertiva se destina mormente quando da análise dos perigos inerentes da produção, desenvolvimento e comercialização de produtos como os medicamentos, agrotóxicos e outros que sejam vitais para a sobrevivência básica. No que se refere aos bens de consumo eventual (BENJAMIN), esses rogam por tutela jurídica diversa, haja vista muitas vezes não conterem risco que, em sopesamento à necessidade de seu uso, conclua-se por razoável.

No que toca aos produtos cujo consumo não seja essencial, vital ou necessário, aplicar-se-ia mais adequadamente a teoria do risco criado, abandonando-se a do risco proveito. Assim, conforme explica Moura, “Configura o dever de indenizar, de acordo com a teoria do risco criado, o simples fato de alguém empreender qualquer atividade que gere prejuízos a terceiros” de modo que, sob esta ótica, “relega[-se] a questão da punição ao agente que atua dolosamente a um segundo plano, a fim de evitar que o ônus da atividade de terceiro recaia sobre a vítima”. Assim, adiciona que “não mais se pressupõe o risco como um elemento da atividade economicamente proveitosa ao agente, mas o conceito é ampliado de modo a atingir qualquer atividade que seja potencialmente danosa à esfera jurídica de terceiros” (2005, p. 19).

Tal teoria é a recepcionada no Código Civil, em seu artigo 927, parágrafo único, que determina que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Trata-se da teoria da responsabilidade objetiva, que independe a configuração de culpa, bastando para sua caracterização tão somente a periculosidade envolvida na

atividade realizada pelo fornecedor, produtor ou vendedor de quaisquer bens ou serviços.

Aqui, pretendeu o legislador enfocar aquelas atividades que, independentemente de culpa ou de proveito econômico, comportem, pela sua própria natureza, e em condições normais de execução, o risco implícito. Prescinde-se, pois, da atuação culposa ou em circunstâncias excepcionais, para a configuração do dever de indenizar. Para tanto, basta que a periculosidade seja uma qualidade preexistente, intrínseca, e não suscetível de eliminação, por mais prudente que seja a execução da atividade. (MOURA, 2005, p. 22).

Veja-se que, no contexto da doutrina subjetiva, a plena adoção de medidas de supressão de risco pode fazer antever a ausência de “culpa” do agente que, no caso, teria operado com diligência e prudência. Não é o caso, porém, da aplicação da teoria do risco, onde o mero fato do risco ser inerente à atividade já acarreta a responsabilidade civil (MOURA, 2005, p. 21).

3.2 TEORIA DA CULPA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA.

A evolução da Responsabilidade Civil remonta ao Direito Romano. Antes disso, conforme ensina José de Aguiar Dias, dominava a vingança privada, onde os particulares engajavam-se diretamente na reparação do dano sofrido. Posteriormente, em Roma, iniciou-se a intervenção estatal, durante um período transitório entre a composição voluntária e a legal. Neste momento o legislador determinava as condições em que a vítima disporia ou não do direito de retaliação particular, baseado principalmente no critério *si membrum rupsit ni eo pacit talio est*.

Superada esta fase, consagrou-se a composição em detrimento da retaliação (que, em essência, possuía efeito “precisamente o oposto ao da reparação, porque resultava em duplicar o dano: onde era um, passavam a ser dois lesados”, conforme assinala Dias (1997, p. 17)). A partir de então, o autor do dano o repara através da *poena*, que consistia na composição (valor pecuniário) oferecida pelo ofensor ao ofendido a fim de livrar-se da vingança (*vindicta*).

Com a recepção da alternativa de composição voluntária pelo Direito Romano, passou a ser vedado à vítima a justiça de próprias mãos, de modo que aceitar a composição oferecida pelo ofensor e aprovada pela autoridade consistia na única alternativa restante.

Aporta-se, então, às aplicações atuais da responsabilidade civil com vistas à reparação do dano sofrido, cujo fito é reestabelecer o *status quo ante*, ou, como ensina Dias, “o interesse em reestabelecer o equilíbrio econômico-jurídico alterado pelo dano” que “é a causa geradora da responsabilidade civil” (1997, p. 44):

Daí, talvez, a necessidade de estabelecer que o instituto chamado de responsabilidade civil, na realidade, pelo menos diante do valor que se atribui a essas noções, não é senão a reparação do dano: ‘O problema da reparação dos danos sofridos por uma pessoa’, diz Morin, ‘deve ser proposto desta maneira: quem deve reparar os danos? E não assim: quem é responsável?’ (DIAS, 1997, p. 49).

Inicia-se, assim, a discussão acerca da titularidade do dever de indenizar. Para tanto, a legislação brasileira percorreu diversas teorias. Em 1965, o projeto de Código de Obrigações, seguido pelo Projeto de Código Civil de 1975, possibilitou a convivência da Doutrina do Risco e da Teoria da Culpa, conforme leciona Caio Mário:

Admitiram, portanto, ambos os projetos o duplo fundamento para a responsabilidade civil: o primeiro, alicerçado na *culpa* e sujeito aos extremos já amplamente desenvolvidos da responsabilidade subjetiva; o segundo, com abstração da ideia de culpa, naqueles casos que a lei prevê, independentemente de culpa, e especificamente com fundamento na doutrina do *risco criado*.

No primeiro caso, a reparação origina-se da relação causal entre o dano e o comportamento culposos do agente; no segundo, proclama-se que a indenização provém de uma relação entre o fato danoso e o seu autor, sem se indagar se aquele fato foi ou não causado pela contraveniência de uma norma de conduta predeterminada, porém, advindo da atividade ou profissão que, por sua natureza, gera um risco para outrem (PEREIRA, 1989, p. 293)

José de Aguiar Dias cita Alvino Lima, no mesmo sentido:

Alvino Lima, no magnífico estudo que faz sobre o assunto, apresenta, a respeito, a conclusão de que 'o legislador brasileiro, consagrando a teoria da culpa, nem por isso deixou de abrir exceção ao princípio, admitindo casos de responsabilidade sem culpa, muito embora não tivesse acompanhado, com mais amplitude, a orientação moderna de outras legislações como seria de desejar'. (DIAS, 1997, pp. 47-48)

Caio Mário conclui então que a responsabilização objetiva “vigora esta nos casos legalmente previstos e especificamente enunciados, ou nas hipóteses em que o dano provém da criação de um risco, a que foi exposta a vítima, em razão da atividade ou profissão do agente” (p. 263). Mais adiante, reforça, trazendo à tona dilema que permeia toda a teoria objetiva da responsabilidade, cuja ideia foi suscitada por Clóvis Beviláqua:

Não obstante a ausência de culpa, a responsabilidade baseia-se na relação entre o fato e o dano. Esboça-se aí um conflito de dois direitos: o de quem danifica a coisa alheia e o de quem sofre o dano em coisa sua. A ordem jurídica sem considerações de natureza subjetiva condena o primeiro a ressarcir o prejuízo. O limite reside em que o causador do dano não exceda a razoabilidade que atesta a relevância social de culpa (Clóvis Beviláqua, comentário ao art. 1.519 do Código Civil) (PEREIRA, 1989, p. 296)

3.3. RISCO. RISCO PROVEITO. RISCO CRIADO.

Com a evolução da Responsabilidade Civil entra em foco o instituto do risco, que assume o lugar do conceito de culpa, conforme contextualiza Dias:

Diversos processos técnicos se ensaiaram, sucessivamente, no sentido de assegurar a praticabilidade da responsabilidade civil: a) facilidade na admissão da culpa; b) estabelecimento ou reconhecimento de presunções de culpa; c) substituição da noção de culpa pelo conceito de risco, ou seja, transformação da responsabilidade subjetiva em responsabilidade objetiva; d) eliminação da

responsabilidade delitual, por maior extensão da responsabilidade contratual, favorecendo a situação da vítima em relação à prova (DIAS, 1997, p. 61).

Vem à tona, portanto, a necessidade de escorar de maneira mais profunda e segmentada os critérios do dever de reparação. Este se consubstancia no conceito de risco, sabidamente genérico, que aparece com os mais diversos vieses na ciência jurídica. Em linhas gerais, trata-se do perigo a que está sujeito o objeto de deteriorar-se ou perecer e, especificamente na responsabilidade civil, trata-se do fundamento do dever de reparar.

Acerca do fracionamento exacerbado sofrido pelo conceito de risco, aponta Caio Mário:

A fim de melhor apresentar em suas linhas estruturais a teoria do risco, cumpre cuidar em sinopse apertada das várias modalidades que a seu turno inspiraram os autores, gerando nos seus vários aspectos o que, de forma realmente exagerada, proporcionou a formação de subespécies intitulando-as como se fossem outras tantas teorias, o que levaram muitas vezes a desacreditar a concepção objetiva da responsabilidade civil: risco integral, risco proveito, risco profissional, risco criado (PEREIRA, 1989, p. 300).

A Teoria do Risco Proveito e, posteriormente, do Risco Criado, são as que talharão as vias para que se chegue, finalmente, ao Risco Inerente, objeto principal deste estudo. Importante destacar, contudo que outras teorias como a Teoria do Ato Anormal e o instituto da Garantia, de autoria do professor romeno Boris Starck, contribuem fundamentalmente para o desenvolvimento lógico necessário à evolução das teses.

Aponta Caio Mário que a Teoria do Risco Proveito (fundamentada na ideia de que deve reparar aquele que afeita vantagem da atividade causadora do dano) encontrou ambiente extremamente receptivo no direito brasileiro, mas padece de falha que não pode ser ignorada, qual seja, a definição de “proveito” (questão levantada por Mazeaud em Mazeaud e Mazeaud, *Responsabilité Civile*, vol. I, nº 67).

Proveito, assim, consubstancia-se em uma vantagem econômica que, na via inversa, também seria capaz de gerar prejuízo. Nesse prisma, a Teoria do Risco Proveito restringir-se-ia somente àqueles desenvolvedores de atividades comerciais ou industriais. Acerca do instituto da punição do agente com base no lucro aferido do empreendimento da atividade (*ubi emolumentum, ibi onus*), Moura recaptula:

Inicialmente concebida na modalidade de risco-proveito, dá lugar à aplicação dos princípios de justiça e equidade, atribuindo-se ao agente que obtém vantagens da atividade, o ônus pelos danos causados a terceiros – *ubi emolumentum, ibi onus*. A teoria do risco-proveito representa o início da racionalização da distribuição do ônus decorrente dos danos causados em um cenário de intensas transações jurídicas, próprio do capitalismo moderno. Sua aplicação evita a concentração dos prejuízos isoladamente na pessoa das vítimas, transladando-a para o causador (MOURA, 2005, p. 18)

Caio Mario tece severos e contundentes apontamentos sobre a hipótese de onerar-se aquele que obtém vantagem pecuniária da atividade, notadamente o lucro, conforme sugere a teoria do Risco Proveito. Isso porque estar-se-ia adstrito a somente responsabilizar aquele que efetivamente aferiu benefícios monetários da atividade. Por outro lado, com a vindoura Teoria do Risco Criado, à qual se filia o autor, não é cabível a discussão sobre o “proveito” final da atividade, mas tão somente da responsabilidade oriunda da criação da situação de risco, senão vejamos:

Das modalidades de risco, eu me inclino pela subespécie que deu origem à teoria do risco criado. (...) Depois de haver o art. 929 deste Projeto [de Código de Obrigações e 1965] enunciado o dever ressarcitório fundado no conceito subjetivo, seu parágrafo único espousa a doutrina do risco criado, a dizer que, independentemente da culpa, e dos casos especificados em lei, haverá obrigação de reparar o dano “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. [...]

De logo, é de se extremar a teoria do *risco criado* relativamente ao *risco proveito* e a dos *atos anormais*. Em relação à teoria do *risco proveito*, a distinção é que nela não se cogita do fato de ser o dano correlativo de um proveito ou vantagem para o agente. É óbvio que se supõe que a atividade pode ser proveitosa para o responsável. Mas não se subordina o dever de reparar ao pressuposto da vantagem. O que se encara é a atividade em si

mesma, independentemente do resultado bom ou mau que dela advenha para o agente, o que será analisado em seguida (PEREIRA, 1989, p. 304).

E conclui:

A teoria do risco criado importa em ampliação do conceito do risco proveito. Aumentar os encargos do agente; é, porém, mais equitativa para a vítima, que não tem que provar que o dano resultou de uma vantagem ou de um benefício obtido pelo causador do dano. Deve este assumir as consequências de sua atividade. O exemplo do automobilista é esclarecedor: na doutrina do risco proveito a vítima somente teria direito ao ressarcimento se o agente obtivesse proveito, enquanto que na do risco criado a indenização é devida mesmo no caso do automobilista estar passeando por prazer (cf. Alex Weil e François Terrè, *Droit Civil, Les Obligations*, nº 590, p. 605) (PEREIRA, 1989, p. 305).

Independentemente do marco teórico, fato é que a evolução da ciência jurídica das teorias do risco propiciou situação muito desejável à sociedade como um todo, consistente na socialização dos riscos através da pulverização dos custos oriundos de eventuais e potenciais indenizações. Tal transmutação reputa-se desejável, conforme assevera Wilson Melo da Silva (*Responsabilidade Civil Sem Culpa*) citado por Caio Mário: “Nesse futuro remoto ou próximo, a socialização dos riscos, sem dúvida deverá ir produzindo, na responsabilidade civil, todos aqueles bons frutos que, dela, seria lícito esperar” (PEREIRA, 1989, p. 310).

Acerca dos frutos gerados pela socialização dos riscos, para além dos efeitos jurídicos já ressaltados, a literatura mais atual já reconhece seus efeitos:

Em sua aplicação atual, o que se constata é que tal teoria deu margem a uma socialização dos custos decorrentes dos danos a terceiros, a todos aqueles que, direta ou indiretamente, se beneficiem da atividade. Não se limita a onerar apenas o agente diretamente beneficiado, posto que, nas transações jurídicas, o potencial valor das reparações civis passa a ser mais um item na estrutura de custos dos agentes econômicos.

Assim, e dentro dos limites permitidos pelos preços praticados no mercado, passa a incorporar o preço dos bens e serviços fornecidos pelo beneficiário direto da atividade, sendo, por sua vez, transferido ao consumidor de tais bens ou serviços. Se os limites da concorrência capitalista não permitem, em

algumas circunstâncias, a transferência integral do ônus das reparações civis aos consumidores, é certo que, ao menos parcialmente, tal transferência é admitida.

A teoria do risco-proveito, então, permite a maior distribuição dos custos reparatórios. Antes concentrados apenas na pessoa da vítima, ele passa a ser suportado pelo agente causador e pelos beneficiários indiretos de sua atividade, consumidores dos bens e serviços produzidos através da atividade de risco (MOURA, 2005, p. 17 e 18).

3.4. RISCO INERENTE

Antes de adentrar a conceituação e pormenorização do risco inerente, se faz necessário um breve introito acerca deste instituto. Conforme ressalta Pasqualotto, o referido conceito não se encontra definido em qualquer outro diploma legislativo pátrio. “Trata-se de um construto doutrinário que, *data venia*, é impreciso, pois mistura risco com nocividade – estes, sim, conceitos legais distintos.” (PASQUALOTTO, 2014, pp. 16 e 17).

Risco, conforme já tratado nos subitens anteriores, é o parâmetro fundamental do dever de indenizar. Tanto nas modalidades risco criado, risco proveito, risco profissional ou até mesmo risco excepcional, fato é que risco consiste na potencialidade de causação de dano envolvida em determinado fato ou atividade. Como sintetiza Caio Mário, “cada vez que uma pessoa, por sua atividade, cria um risco para outrem, deveria responder por suas consequências danosas” (PEREIRA, 1989, p. 305).

A legislação menciona o instituto do risco no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, que assim estabelece:

Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Já o Código do Consumidor traz o termo em seu artigo 8º ao determinar que “os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde

(...), obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito”. Nota-se que nenhum dos diplomas normativos realiza quaisquer diferenciações de espécie de risco gerado, tratando-o como gênero indistinto.

A academia, por seu turno, incumbiu-se de seccionar o instituto nas diversas modalidades já citadas. Não obstante, tal pormenorização baseia-se na raiz do risco: se é oriundo de atividade profissional, nato do auferimento de proveito econômico da atividade, advindo de atividade que represente por si só um perigo (atos anormais), ou seja, comunica-se com a natureza do risco que foi criado à vítima.

Ocorre que, em se tratando de risco inerente, há certa confusão quando se une o conceito de risco com o de periculosidade (encontra-se *risco inerente* tratado também como *periculosidade inerente*), que é, por sua vez, abordado no artigo 9º do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 9º O fornecedor de produtos e serviços **potencialmente nocivos** ou **perigosos** à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua **nocividade** ou **periculosidade**, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.(grifos acrescentados)

Logo, ainda que haja certa conexão entre os dois artigos consumeristas, não se pode conjecturar que os conceitos de nocividade inerente e risco sejam similares ou sequer complementares.

Embora, grosso modo, se possa dizer que há uma relação de grau de risco entre os arts. 8º e 9º (no primeiro um risco normal e no segundo um risco agravado), **a verdade é que a lei trata expressamente de risco tão somente no primeiro e de nocividade no segundo**. O adjetivo “inerente” poderia ser usado assim em um caso como no outro. Isto é, pode-se dizer que há um “risco inerente” a determinados produtos (facas), assim como uma “nocividade inerente” a outros (medicamentos). **No último caso, o legislador preferiu “nocividade potencial”, separando risco de nocividade** (PASQUALOTTO, 2014, pp. 17 e 18, grifos acrescentados)

Logo, embora evidente o desalinho da expressão, fato é que ela já foi recepcionada pela Jurisprudência, sendo notoriamente presente na realidade forense e

em solução de litígios, de modo que resta agora tentar dissecá-la e reorganizá-la, para que seu emprego seja tenha mais eficiência e seja também coerente com a realidade social e jurídica em que nos encontramos.

3.4.1. CONSTRUÇÃO DOUTRINÁRIA

Conforme já constatado, a ideia de inerência comunica-se com a intrinsicidade de uma característica, seja o risco ou a periculosidade, dentro de uma atividade. No entanto, o atual enfrentamento da matéria tem se dado no sentido de considerar o *risco* sinônimo da *periculosidade*, quando acompanhados do adjunto adnominal *inerente*. A doutrina, contudo, refuta esta interpretação. Pasqualotto assevera que "poder-se-ia, com propriedade, falar de risco inerente, desde que o produto não seja nocivo. A nocividade é uma outra categoria de risco, tratada à parte." (2014, p. 17).

Nessa esteira, ensina Marinoni que existem os riscos inerentes ao uso que o produto se destina, nos quais se enquadram os de ocorrência presumida. Se do fato presumível decorrer um risco inaceitável, este não se reputará como mero produto potencialmente nocivo, mas sim de alto grau de nocividade ou periculosidade (2008, p. 13).

Tal interpretação comunica-se com a exegese do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor que, em seu parágrafo primeiro, determina que "o produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais o uso e os riscos que **razoavelmente** dele se esperam" (grifo acrescido). Ou seja, "para a definição de produto sem segurança, não importa apenas o fim a que se destina, mas também o uso que o consumidor dele pode fazer, desde que razoavelmente esperado." (MARINONI, 2008, p. 12)

Ressalte-se que a doutrina entende ser conveniente, abarcar nestes riscos também os perigos passíveis de ocorrer do uso inadequado, se forem possíveis. Isto porque o fornecedor deve se precaver de qualquer eventualidade, especialmente

considerando a diversidade de consumidores e, principalmente, consumidores por equiparação, como as crianças.

Ao ensejo, vale transcrever:

Christoph Fabian afirma que “os perigos previsíveis não são apenas aqueles que resultam do uso adequado. Eles abrangem também os perigos de utilizações erradas que podem naturalmente ou facilmente acontecer. Um exemplo são os fogos de artifício. Facilmente caem nas mãos de crianças (O dever de informar no direito civil. Cit., p. 149). Ao que parece, quando Fabian fala em “utilizações erradas que podem naturalmente ou facilmente ocorrer” quer aludir a um uso previsível, ainda que inadequado, e quando pensa em perigo previsível supõe um risco aceito. Note-se que uso e risco são duas coisas distintas, pois o risco é uma decorrência do uso. Pode haver uso previsível gerador de risco aceitável (normal) ou não. De qualquer forma, a excelente obra de Fabian não deixa de salientar, em relação ao exemplo que nos ocupa, que “o fornecedor deve tomar as precauções adequadas contra o seu uso por crianças (O dever de informar no direito civil, cit., p. 149) (MARINONI, 2008, p. 13)

Sérgio Cavaleri Filho comunga do entendimento, e adiciona que reputar-se-á inerente o risco cuja a característica do produto não possa ser expurgado sem que perca sua função precípua, tal como uma faca é cortante, os veículos são velozes ou os medicamentos são intoxicantes.

Eis seu ensinamento:

Entende-se por risco inerente ou periculosidade latente aquele que faz parte da própria essência ou natureza do produto, de modo a não ser possível fabricá-lo sem essas características. É o perigo intrínseco, atado à própria qualidade da coisa, sem o qual o produto se torna inócuo, imprestável. É o caso de uma arma mortífera, de uma faca afiada de churrasco, um veículo potente, agrotóxicos, medicamentos com contra-indicação etc. **Embora se mostrem capazes de causar acidentes, a periculosidade desses produtos é normal porque conhecida e previsível, de modo a não surpreender o consumidor em sua legítima expectativa de segurança.** Em síntese, normalidade e previsibilidade são as características do risco inerente, pelo qual em princípio não responde o fornecedor por não ser defeituoso o produto nessas condições (CAVALIERI FILHO, 1999, p. 15, grifos acrescidos).

Acerca destes apontamentos, Pasqualotto ainda encontra espaço para outra distinção:

[...]pode-se dizer que há um “risco inerente” a determinados produtos (facas), assim como uma “nocividade inerente” a outros (medicamentos). No último caso, o legislador preferiu “nocividade potencial”, separando risco de nocividade. Por conseguinte, falar pura e simplesmente de “risco inerente” resulta em imprecisão, ainda mais quando o que realmente se pretende expressar é o contrário do que literalmente se diz. (PASQUALOTTO, 2014, p. 18).

O que se percebe é que o termo *risco inerente* tem sido comumente utilizado quando se deseja eximir de um determinado produto a noção de defeito. Para tanto, atribui-se a ele um *risco inerente*, de modo que todos os danos por ele causados sejam fruto deste risco que legitimamente e potencialmente se espera. No entanto, corre-se o risco de se incorrer em grave sofisma.

Os produtos que evidenciam o risco inerente ao uso são produtos intrinsecamente benéficos. **O risco é um efeito marginal e aleatório da sua utilidade.** Esses produtos não podem ser, por sua própria natureza, nocivos, pois **a nocividade é uma outra categoria de risco.**”(PASQUALOTTO, 2014, p. 18, grifos acrescidos)

3.4.2. CRITÉRIOS CONSIDERADOS PARA DISSECAÇÃO DO RISCO INERENTE

Relata Pasqualotto (2014, p. 18) que o conceito de risco inerente foi o preconizado pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Antônio Herman Benjamin. A partir da teoria da qualidade, Benjamin diferenciou os produtos com vistas ao seu tipo de periculosidade e da natureza de seu defeito. Outros estudiosos realizaram sua taxonomia com fulcro em outros critérios, como João Marcello de Araújo, que se valeu da *teoria dos padrões*, segundo a qual o grau de perigo elevado “sempre que o produto

ou serviço estiver contido entre aqueles que a experiência internacional ou nacional relacionou dentre os que provocam, necessariamente, danos à vida e à saúde dos consumidores” (ARAÚJO JÚNIOR, 1992 *apud* PASQUALOTTO, 2014, p. 19).

A periculosidade, para Benjamin, é subdividida em três grupos: aqueles cuja periculosidade é inata, em decorrência de sua natureza, nomeando-os de *periculosidade inerente*; os que se tornam perigosos a partir de um defeito que apresentam, chamados de *periculosidade adquirida*; e, por fim, o terceiro grupo, de *periculosidade exagerada*, cujo defeito reside na sua própria concepção. Sobre eles, Benjamin afirma que “seu potencial danoso é tamanho que o requisito da previsibilidade não consegue ser totalmente preenchido pelas informações prestadas pelos fornecedores” (BENJAMIN, 2007, p. 154).

Já no que concernem os defeitos, estes poderão ser de *fabricação*, de *concepção* e de *comercialização*, previstos todos no Código de Defesa do Consumidor. Os *defeitos de fabricação* são, por exemplo, aqueles que geram a necessidade de *recall*, tendo em vista que o problema teve origem no processo de manufatura, e está previsto no art. 12, *caput*, do CDC; o *defeito de concepção* também se encontra tipificado no art. 12, *caput*, do CDC, embora seja oriundo do próprio projeto do produto, sendo “aquele que “apresenta um risco de dano desarrazoado, não obstante tenha sido produzido meticulosamente em acordo com planos detalhados e especificações (Robinson v. Reed-Prentice, 49N.Y. 2d 471, 403 N.E. 2d 440,1980)” e “o defeito de concepção pode ocorrer na atividade de desenvolvimento do produto ou serviço, na escolha do tipo de material utilizado, na eleição das técnicas de fabricação destes e ainda no modo como os diversos materiais ou componentes são montados ou utilizados (Dix W NOEL eJerryj. PHILLIPS, Products liability in a nutshell, p. 141)” (BENJAMIN, 2007, p. 161).

Por fim, há o defeito de comercialização, cuja falha ocorre quando da vendagem do produto, seja pela falta de informação suficiente ou por sua prestação inadequada. assim, Benjamin conclui que “[...] nem todos os bens justificam em si ou no cotejo com outros valores sociais e nacionais a adoração do mesmo regime de patenteamento.” (BENJAMIN, 1994, pp. 25 e 26). De forma análoga e conforme a contextualização supra, conclui-se que tampouco todos os bens justificam o mesmo regime de proteção

jurídica em seu favor ou em favor daqueles que de seu uso se prejudicam, ainda que se regulem pelo mesmo tipo de risco. Isto porque, conforme agora se conclui sem embargos, o que genericamente e de forma quase incauta se chama de “risco inerente” não é senão um gênero, que se divide em duas espécies (defeito e periculosidade), as quais, por sua vez, dividem-se em outras três subespécies.

Abarcar todos os produtos que possuam quaisquer das nove combinações de características possíveis acima sob o manto do “risco inerente” e aplicar, sobre elas, o mesmo regime jurídico, não acarretará noutro senão imprecisões e inevitáveis injustiças.

3.4.3. CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL

Embora já destrinchada pela doutrina, o conceito de *risco inerente* ainda não experimentou o mesmo processo na jurisprudência. O Superior Tribunal de Justiça já enfrentou diversas vezes a questão da responsabilização dos fabricantes em casos de danos ocasionados por produtos reputados como de *risco inerente*, utilizando tanto a nomenclatura *risco inerente* quanto *periculosidade inerente*, mas a *ratio decidendi* sempre se pautou sobre os mesmos argumentos.

Além disso, em que pese ser possível encontrar diversos resultados quando da pesquisa do referido termo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, os resultados atinentes à produtos cujo risco é inerente, o caso mais enfrentado é o ajuizado contra os entes da indústria tabagista. Os outros produtos de *risco inerente* relevantes que aparecem, ainda que de forma tímida, como causadores de danos passíveis de indenização são as bebidas alcoólicas e os medicamentos. Produtos cosméticos e serviços prestados pela indústria carnavalesca já protagonizaram julgamentos, mas não com relevância suficiente para serem aqui esmiuçados.

A solução daquela Corte Superior foi sempre unânime nos casos de tabagismo e consumo de bebida alcoólica, indeferindo os pleitos indenizatórios. Contudo, o argumento que consubstanciou mais fortemente a decisão dos Ministros pauta-se na

alegada livre escolha de que gozam os consumidores, principalmente quando analisada sobre a ótica do dever de informação dos produtores. Além deste fator, três variáveis motivaram fundamentalmente os julgados: a comprovação do nexo causal entre o consumo dos produtos e o dano causado; o dever de informação das indústrias acerca da periculosidade de seus produtos e, finalmente, a inexistência de defeito do produto ante a caracterização de seu risco inerente.

Acerca do risco inerente, certamente o trecho mais recorrente é oriundo do de julgado paradigma da responsabilidade da indústria tabageira sobre os danos causados aos seus usuários, de relatoria do eminente Ministro Luís Felipe Salomão. Diferentemente da doutrina, o Superior Tribunal de Justiça tem enfrentado a matéria pondo, de um lado da balança, o risco ou a periculosidade inerente (utilizados como sinônimos) e, de outro, o defeito, crendo ser possível o completo afastamento possibilidade de defeito do produto caso configurado seu risco inerente.

O cigarro é um produto de periculosidade inerente e não um produto defeituoso, nos termos do que preceitua o Código de Defesa do Consumidor, pois o defeito a que alude o Diploma consubstancia-se em falha que se desvia da normalidade, capaz de gerar uma frustração no consumidor ao não experimentar a segurança que ordinariamente se espera do produto ou serviço. (REsp 1.113.804/RS, julgado em 27/04/2010)

O acórdão do REsp 1.113.804/RS, de 24/06/2010, é refenciado em diversos outros acórdãos e pauta o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça acerca da concepção de *risco inerente*, não havendo qualquer acórdão que divirja neste mérito (os exemplos e números serão trazidos, oportunamente, no próximo capítulo).

Sobre o *risco inerente* como antídoto para a constatação do *defeito*, portanto, refere-se o Superior Tribunal de Justiça a este como uma “falha que se desvia da normalidade”, ao contrário do que vislumbra ser possível a doutrina, que caracteriza os *defeitos* como vícios de qualidade que levam em consideração, para sua distinção, notadamente o seu grau de ocorrência, sem que a frequência acarrete na exclusão do caráter defeituoso. Há, inclusive, a possibilidade de que alguns defeitos acometam a totalidade dos itens produzidos: os *defeitos de fabricação* são aqueles cuja

manifestação é limitada; já os *defeitos de concepção* tem manifestação universal, assim como os *defeitos de comercialização*.

Outro fator determinante para o posicionamento da corte de sobreposição brasileira é, notadamente, o dever de informação. Acerca deste, importante trazer recorte histórico da questão.

Anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988 e, principalmente, antes da vigência do Código do Consumidor, no meio da década de noventa, o dever de informação da indústria fumageira não era explícito. Assim, à época, considerava-se cabível vislumbrar a responsabilidade e o decorrente dever de indenização dos produtores e distribuidores aos consumidores, de acordo com o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. Contudo, após a entrada em vigor tanto da Constituição Federal de 1988 quanto do Código de Defesa do Consumidor, tal discussão tornou-se inócua.

Nenhum relato pode ser mais claro do que o próprio acordo:

[...]

4. Não é possível simplesmente aplicar princípios e valores hoje consagrados pelo ordenamento jurídico a fatos supostamente ilícitos imputados à indústria tabagista, ocorridos em décadas pretéritas - a partir da década de cinquenta -, alcançando notadamente períodos anteriores ao Código de Defesa do Consumidor e a legislações restritivas do tabagismo.

5. Antes da Constituição Federal de 1988 - raiz normativa das limitações impostas às propagandas do tabaco -, sobretudo antes da vasta legislação restritiva do consumo e publicidade de cigarros, aí incluindo-se notadamente o Código de Defesa do Consumidor e a Lei n.º 9.294/96, não havia dever jurídico de informação que impusesse às indústrias do fumo uma conduta diversa daquela por elas praticada em décadas passadas. [...]

7. A boa-fé não possui um conteúdo per se, a ela inerente, mas contextual, com significativa carga histórico-social. Com efeito, em mira os fatores legais, históricos e culturais vigentes nas décadas de cinquenta a oitenta, não há como se agitar o princípio da boa-fé de maneira fluida, sem conteúdo substancial e de forma contrária aos usos e aos costumes, os quais preexistiam de séculos, para se chegar à conclusão de que era exigível das indústrias do fumo um dever jurídico de informação aos fumantes. Não havia, de fato, nenhuma norma, quer advinda de lei, quer dos princípios gerais de direito, quer dos costumes, que lhes impusesse tal comportamento.

Deste modo, superada a questão de exigibilidade de informação sobre a nocividade do produto, o Superior Tribunal de Justiça passou a considerar descabida a responsabilização da indústria tabagista em casos de danos oriundos do uso regular de tabaco, vez que a partir da década de noventa toda a indústria tabagista passou a veicular informações acerca dos malefícios do cigarro, de modo que sua expectativa de segurança fosse, então, ajustada. Mais uma vez, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça veio de encontro aos estudos da Doutrina.

Assim como a inexistência de risco inerente não exclui a configuração de defeito, a simples prestação de informação acerca da periculosidade de um produto não afasta, por si só, a eventual responsabilidade dos fornecedores. A mera prestação de informações não é suficiente se esta não for adequada. Em sendo insuficiente ou inadequada, vislumbra-se a ocorrência de *defeito de comercialização* do produto.

Além disso, assevera Pasqualotto que a legítima expectativa do consumidor não se equilibra pela mera informação prestada pelo fabricante no caso de alguns produtos:

Produtos sabidamente nocivos à saúde não se tornam isentos de defeito pelo fato de sua nocividade ser informada à sociedade. Eles são defeituosos em sua concepção. Portanto, é um sofisma afirmar que eles oferecem legítima expectativa de segurança (PASQUALOTTO, 2014, p. 15).

Ao contrário dos bens de periculosidade inerente, a informação adequada aos consumidores não produz maior resultado na mitigação de seus riscos. Seu potencial danoso é tamanho que o requisito da previsibilidade não consegue ser totalmente preenchido pelas informações prestadas pelos fornecedores (BENJAMIN *apud* PASQUALOTTO, 2014, p. 18).

De mais a mais, especificamente no caso do tabaco, a qualidade, quantidade e profundidade das informações prestadas são extremamente questionáveis. Desse modo, cai por terra o segundo parâmetro da jurisprudência para fundamentar o afastamento da responsabilidade das indústrias tabagistas quanto ao dever de indenizar os danos causados pelo consumo de seus produtos. Por fim, o último liame restante é o nexo de causalidade, elemento supostamente indispensável à caracterização de qualquer responsabilização civil.

Flagrante é a dificuldade de se verificar nexos de causalidade adequados para quaisquer danos que envolvam doenças, especialmente aquelas que se desenvolvem a longo prazo, tal como são aquelas oriundas do hábito de fumar. Estabelecer conexão inquestionável entre os danos sofridos pelos consumidores e as atividades da indústria do tabaco trata-se de tarefa pouco menos que hercúlea, embora não só o bom senso como a ciência tragam fortes indícios destas conexões.

Mais uma vez, o acórdão paradigma deixa claro o posicionamento da Corte Superior sobre o tema, que se repetiu em todos os outros julgados que se debruçaram sobre a mesma causa de pedir:

[...]

8. Além do mais, somente rende ensejo à responsabilidade civil o nexo causal demonstrado segundo os parâmetros jurídicos adotados pelo ordenamento. **Nesse passo, vigora do direito civil brasileiro (art. 403 do CC/02 e art. 1.060 do CC/16), sob a vertente da necessidade, a “teoria do dano direto e imediato”, também conhecida como “teoria do nexo causal direto e imediato” ou “teoria da interrupção do nexo causal”.**

9. Reconhecendo-se a possibilidade de vários fatores contribuírem para o resultado, elege-se apenas aquele que se filia ao dano mediante uma relação de necessidade, vale dizer, dentre os vários antecedentes causais, apenas aquele elevado à categoria de causa necessária do dano dará ensejo ao dever de indenizar.

10. A arte médica está limitada a afirmar a existência de fator de risco entre o fumo e o câncer, tal como outros fatores, como a alimentação, álcool, carga genética e o modo de vida. Assim, **somente se fosse possível, no caso concreto, determinar quão relevante foi o cigarro para o infortúnio (morte), ou seja, qual a proporção causal existente entre o tabagismo e o falecimento, poder-se-ia cogitar de se estabelecer um nexo causal juridicamente satisfatório.**

11. **As estatísticas** - muito embora de reconhecida robustez - **não podem dar lastro à responsabilidade civil em casos concretos de mortes associadas ao tabagismo**, sem que se investigue, episodicamente, o preenchimento dos requisitos legais (grifos acrescidos).

Sem desejar aprofundar demasiadamente a questão do nexo causal, ainda assim é importante destacar que a problemática no seu estabelecimento não se adstringe somente ao exposto no acórdão supra colacionado. Há outros agravos na tentativa de estabelecê-lo entre os danos sofridos pelos consumidores e as atividades desempenhadas pela indústria fumageira, conforme explica Natalia Yazbek Orsoy:

“(i) O fato de o cigarro ser um produto fornecido de forma genérica no mercado, o que dificultaria a **atribuição de responsabilidade à uma empresa específica**, na medida em que possivelmente foram consumidos pelo fumante ao longo de sua vida cigarros de diferentes marcas; (ii) O fato de **o fumo apresentar-se como um fator de risco ao desenvolvimento de diversas doenças, o que dificultaria o estabelecimento de um elo de necessidade ou adequação** – a depender da teoria da causalidade adotada – entre a atividade desenvolvida pelas empresas tabagistas e o desenvolvimento das patologias associadas ao fumo e desenvolvidas pelas vítimas; e, (iii) A **ocorrência de uma das causas de interrupção do nexo de causalidade por fato da própria vítima**, como frequentemente sustentado pelas empresas demandadas.” (ORSOVAY, 2013, p. 47, grifos acrescidos)

O que se verifica, portanto, é que dos três critérios utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça para afastar a responsabilidade das empresas tabagistas, apenas o nexo de causalidade encontra respaldo em fundamentos doutrinários e tecnicamente aprofundados. No que diz respeito à inexistência de defeito do produto e do serviço no desempenho das atividades das empresas, contudo, o que se verifica é o uso do conceito de *risco inerente* de maneira bastante crua e rasa, gerando fundamentações raquíticas e frágeis.

4. ENFRENTAMENTO DA MATÉRIA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Os julgados analisados tem como objeto o pedido de indenização por consumidores de cigarro em vista dos danos sofridos, notadamente doenças ou morte, decorrentes de anos de hábitos tabagistas.

Trata-se dos acórdãos que julgaram os REsp 1.096.400/RS, de relatoria do Min. Massami Uyeda, julgado em 08/09/2009; REsp 886.347/RS, de relatoria do Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJAP), julgado em 25/05/2010; REsp 1.197.660/SP, de relatoria do Min. Raul Araújo, julgado em 15/12/2011; REsp 1.090.609/SP, de relatoria do Min. Antônio Carlos Ferreira, julgado em 31/10/2012, REsp 1.292.955/RJ, de relatoria do Min. Raul Araújo, julgado em 25/11/2014 e REsp 1.113.804/RS, de relatoria do Min. Luís Felipe Salomão, julgado em 27/04/2010, sendo este último o acórdão paradigma do Superior Tribunal de Justiça.

Objetivamente, os argumentos utilizados quando da defesa das empresas produtoras e distribuidoras de tabaco residem, sinteticamente, a) na impossibilidade de verificação de nexo causal adequado entre o consumo de tabaco e o surgimento de doenças; b) na culpa exclusiva da vítima; e, por fim, c) na ausência de defeito do produto, posto que o que se verificaria seria o *risco inerente*. Debruçar-se-á notadamente sobre o último parâmetro.

Destaca-se que este trabalho se reportará constantemente ao acórdão do REsp 1.113.804/RS, de relatoria do Min. Luís Felipe Salomão, uma vez que todas as decisões de mérito supracitadas acompanham o posicionamento exarado no referido acórdão, de Junho de 2010.

Importante ressaltar ainda que, embora nem todos os acórdãos tenham sido votados em unanimidade, nos que não o fizeram (havendo inclusive troca de relatoria, como no caso do REsp 1.119.006), as dissidências ocorreram por questões meramente processuais, não se verificando dissonâncias no tocante ao mérito. O Superior Tribunal de Justiça, sendo essencialmente uma corte de sobreposição, exarou decisões posteriores ao REsp. 1.113.804/RS, acolhendo seu posicionamento – fenômeno este que é, inclusive, desejável. Assim, seria despiciendo trazer excertos para fundamentar a

análise jurisprudencial que meramente repetissem ou acompanhassem o acórdão paradigma.

4.1. O NEXO CAUSAL

A problemática na caracterização da configuração de nexo causal adequado é notável e consiste também no maior trunfo da indústria tabagista contra os pleitos indenizatórios contra si ajuizados.

A dificuldade reside no fato que a ciência médica é incapaz, até o momento, de poder afirmar sem margem para dúvidas a relação entre o tabagismo e a causação de doenças como câncer, trombose, inflamações vasculares e outros, uma vez que para suas ocorrências, estas concorrem uma série de variáveis, de modo que beira ao impossível mapeá-las em um laudo médico cujo objetivo seja comprovar causalidade adequada em casos *sub judice*.

Muito embora estudos apontem o tabagismo como fator que causa um aumento expressivo na chance do desenvolvimento destas doenças, estes indícios não são suficientes para imputar aos produtores e fornecedores de cigarro responsabilidade por condições médicas desenvolvidas pelos usuários. Até o momento, todos os pleitos formulados envolviam pedidos indenizatórios por doenças cujas naturezas são multifatoriais (vide rol citado acima).

Acerca do tema, esclarece Barbosa (2014, p. 580) que “na verdade, com exceção daquelas doenças causadas por mutação ou eliminação de genes específicos, a grande maioria das enfermidades de interesse possui uma patogênese multifatorial”, e exemplifica este rol com as “doenças cardiovasculares, neurodegenerativas e inflamatórias, além do câncer, da obesidade, da ansiedade e da depressão”.

Ou seja, notória a dificuldade de configuração da responsabilidade objetiva nestes casos, uma vez que, embora as doenças que acometam os fumantes tenham incidência consideravelmente maior nesses do que nos cidadãos que não consomem cigarro, a medicina ainda não foi capaz de traçar um paralelo de causalidade adequada

para a questão. Isto ocorre porquanto o cigarro seja um fator de risco ao desenvolvimento de certas doenças, mas não se pode reputá-lo como fator determinante.

Acerca do tema, o Ministro Luís Felipe Salomão deixou claro ser este o posicionamento da Corte Superior, assim posicionando-se:

Na hipótese de doenças neoplásicas ou carcinomas, como ocorreu no caso concreto, não há como se vislumbrar o nexo causal, baseado em uma relação de necessidade, entre o tabagismo e a moléstia desenvolvida pelo de cujus. Isso porque a arte médica está limitada a afirmar a existência de fator de risco entre o fumo e o câncer, tal como outros fatores, como a alimentação, o álcool, carga genética e o modo de vida da pessoa, se sedentária ou estressante. (REsp. 1.113.804/RS, 2010, p. 2).

Embora haja outros agravantes quando da verificação do nexo causal adequado suscitado ao longo das lides judiciais – tal como a dificuldade de denominar um legítimo passivo adequado, vez que, ao longo dos anos que um fumante alimenta seu hábito, é possível que ele tenha fumado cigarros das mais variadas marcas – a questão do cigarro como causa adequada ao desenvolvimento das doenças objeto dos pleitos indenizatórios é, notadamente, seu o óbice mais intransponível.

4.2. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA

Há grande ventilação também acerca da interrupção de nexo causal por fato exclusivo da própria vítima, com fulcro no art. 12º, III, do CDC. Consubstanciada fortemente na liberalidade de uso do produto, lança-se mão da suposta assunção dos fumantes ao risco envolvido no hábito de fumar. Hipoteticamente, para os defensores dessa tese, em não querendo sofrer as consequências danosas do fumo, deveria o usuário jamais ter começado a fumar ou, alternativamente, interrompido o vício.

A respeito do tema, necessário ressaltar excerto extraído do REsp. 1.108.346/SP, p. 11, que, ao sustentar a culpa exclusiva da vítima como ruptora do nexo de causalidade adequado para a configuração da responsabilidade civil, citou Cavalieri Filho ao ressaltar que "se o comportamento do usuário é a única causa do acidente de consumo, não há como responsabilizar o produtor ou fornecedor, por ausência de nexo de causalidade entre sua atividade e o dano".

Contudo, imperioso ressaltar que, na lição de Cavalieri Filho, deve haver o reconhecimento do fato exclusivo da vítima quando essa dá causa ao *acidente* de consumo. *In casu*, o que se percebe é que a vítima dá causa ao consumo, mas não ao acidente, até porque os danos causados pelo cigarro independem da ocorrência de acidente de consumo para se configurarem. Não se trata, por exemplo, de uma queimadura feita com a brasa do cigarro, pelo usuário em si mesmo. Aí, sim, haveria falar em culpa exclusiva da vítima pelo acidente de consumo, mas não no caso do uso esperado do cigarro (ou seja, seu fumo).

Deste modo, quando se trata de consumo de qualquer natureza, evidente que todos se dão por fato exclusivo da vítima, uma vez que o fabricante não concorre para o ato de ingestão/inalação dos artefatos que produz. Esta é a única função de tais itens no mercado: serem consumidos. Não há falar, portanto, em fato exclusivo da vítima quando o ato se trata do consumo do bem regularmente produzido pelo requerido.

Portanto, aponta-se que o livre arbítrio é inerente ao consumo de qualquer bem. Evidentemente que, se consumimos um produto, fazemo-lo gozando de nosso livre arbítrio, de maneira que em admitindo tal ruptura de nexo causal, seria possível excluir a responsabilidade de qualquer fabricante do mercado.

Ademais, também há de ser levada em consideração a hipótese de ausência de livre arbítrio do indivíduo quando este é motivado por um vício tal qual o tabagismo e que, deste modo, a escolha pelo consumo se faz de maneira vinculada, e não mais livre, não havendo falar escolha do consumidor.

Por fim, há também aqueles que sustentam que o livre arbítrio subjetivo comprometia-se ante a propaganda tabagista perpetrada. Contudo, após a promulgação da Constituição Federal, do Código de Defesa do consumidor e, notadamente, da lei que regula a propaganda dos produtos fumíferos, bebidas

alcoólicas, medicamentos e terapias (Lei nº 9.294/96), tal argumento compromete-se fortemente, além de já ter sido rechaçado pela Corte Superior:

Em realidade, afirmar que o homem não age segundo o seu livre-arbítrio em razão de suposta "contaminação propagandista" arquitetada pelas indústrias do fumo, é afirmar que nenhuma opção feita pelo homem é genuinamente livre, porquanto toda escolha da pessoa, desde a compra de um veículo a um eletrodoméstico, sofre os influxos do meio social e do marketing. É desarrazoado afirmar-se que nessas hipóteses a vontade não é livre (REsp 1.113.804/RS, 2010, p. 26).

O que se constata, portanto, é que a concorrência da vítima para a causação do dano de saúde sobre o qual deseja reparação é hipótese que o Superior Tribunal de Justiça vislumbra perfeitamente cabível e da qual lança mão para afastar a configuração de responsabilidade dos fabricantes e produtores de cigarro, embora fundamente-se em argumentos frágeis e ainda muito discutidos na esfera acadêmica.

4.3. Produto Que Não Apresenta Defeito, Mas Risco Inerente

O ponto nodal de todo o acórdão REsp 1.113.804/RS – o qual é sucessivamente citado quando dos julgamentos de lides similares na instância de superposição brasileira –, a fim de se averiguar a modalidade de responsabilização aplicável ao caso é, justamente, a natureza do cigarro enquanto produto.

Inicialmente, o Relator reconhece as incertezas que permeiam a interpretação doutrinária acerca do tema, que por vezes o tem como produto defeituoso, vezes o considera um produto potencialmente nocivo à saúde e, por fim, há ainda aqueles que o reputam como produto de alto grau de nocividade ou periculosidade (2010, p. 14).

O Relator do venerando acórdão, portanto, dá conta de ter estribado seu julgamento na mais moderna doutrina, ainda que tenha naturalmente optado por se filiar a uma corrente em detrimento de outra quando da conclusão. Ao final, escolheu utilizar

a classificação que motiva o presente trabalho: a configuração do *risco inerente* do produto.

O Superior Tribunal de Justiça é enfático, quando da lavra do REsp 1.113.804/RS, ao afirmar que “o cigarro é um produto de periculosidade inerente e não um produto defeituoso [...], pois o **defeito** a que alude o Diploma **consubstancia-se em falha que se desvia da normalidade**”. E mais: que “em sendo acolhida a tese e considerado o produto defeituoso, **seria possível a troca do produto viciado por outro em perfeitas condições de uso**, o que é impossível de se imaginar no caso do cigarro” (2010, pp. 1 e 16, grifos acrescentados).

4.3.1. Cigarro: Produto Defeituoso

Supõe o venerando acórdão que somente poderia ser verificado o defeito do produto nos casos em que sua ocorrência não incidisse sobre todos os seus exemplares.

Contudo, conforme ensina Benjamin, o defeito adquirido de um produto (que se diferencia do defeito latente, conforme se explicará à frente) pode se apresentar de três formas: na fabricação, na concepção ou na comercialização. *In casu*, notório que o defeito do qual padecem os cigarros se dá quando de sua concepção. É o que expôs o relator do acórdão ao qual se reporta:

“Até porque, em sendo acolhida a tese e considerado o produto defeituoso, seria possível a troca do produto viciado por outro em perfeitas condições de uso, o que é impossível de se imaginar no caso do cigarro, pela simples razão de que **todos os demais exemplares ostentam os mesmos problemas apontados (por exemplo, a nicotina viciante, ou as muitas alegadas substâncias tóxicas e potencialmente cancerígenas)**, sendo incontornável a conclusão de que o cigarro é um produto de risco inerente.” (2010,16, grifo acrescentado).

A fim de estribar sua tese, o Relator cita Zelmo Denari, que considera *defeitos de concepção* aqueles que Benjamin chama de *defeitos de fabricação* (por exemplo, os que ensejariam a realização de *recall*), e *defeitos de produção* seriam espécie do então chamado *defeito de fabricação*, embora estes só se manifestariam em alguns exemplares do lote. Ou seja, a doutrina utilizada para o balizamento da existência ou não de defeito desconsidera a existência de subespécie que Benjamin chama de defeito de concepção ou natureza do produto, justamente o defeito que se acredita que padeça o cigarro.

Alem de Denari, o relator também cita Gustavo Tepedino, que sustenta que o conceito de defeito não se diz respeito a uma característica inata do produto, mas à frustração da legítima expectativa do consumidor, “baseada na natureza do bem ou serviço e, sobretudo, nas informações veiculadas, particularmente exigidas quando os possíveis efeitos danosos não são naturalmente percebidos (Temas de direito civil. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar)” (REsp 1.113.804, p. 16).

Ou seja, o que Tepedino sugere é que, se é consabido que a natureza do produto é perigosa e nociva, não há falar em defeito, porquanto não haja uma frustração daquilo que legitimamente se espera de um produto de tal sorte. É neste sentido a conclusão do Relator: “Equivale dizer, pois, que é inerente ao tabaco a circunstância de ser ele fator de risco de diversas enfermidades, tal como o álcool o é em relação a tantas outras moléstias, inclusive patologias de impacto social, como o alcoolismo [...]” (REsp 1.113.804, p. 16).

Conforme se nota, o posicionamento da egrégia corte não se vale da precisão técnica da qual lança mão a doutrina. Isto porque, mais uma vez, confundem-se os conceitos de *risco* – chance de ocorrência de um desvio do padrão de consumo – com defeito e *periculosidade inerente* – a nocividade inata quando da concepção do produto – como se sinônimo de *risco inerente* fosse.

4.3.2. Cigarro: Produto Potencialmente Nocivo

O que se notou, portanto, foi a exclusão da possibilidade de o cigarro ser um produto defeituoso porquanto seja notória sua periculosidade, ao concluir o Relator “ser o cigarro um produto de periculosidade inerente” e definindo que a responsabilização do fornecedor só se vislumbra nos casos de “eventuais danos causados pelo uso do produto em caso de informação inadequada alusiva aos seus riscos, se também, por outro lado, o dano figurar como consectário da implementação do risco (nexo)” (REsp 1.113.804, p. 17).

Acerca da nocividade dos produtos, contudo, importa ainda trazer algumas últimas considerações acerca do tema. De acordo com Benjamin, a “periculosidade integra a zona da expectativa legítima (periculosidade inerente)” (2008, p. 150) e tem dois patamares: o objetivo – d’onde se avalia se o perigo está de acordo com o que se espera do determinado tipo de produto – e o subjetivo – que leva em consideração a capacidade do consumidor de prever tal periculosidade. Em tese, verificados estes dois requisitos, estar-se-ia de frente a um produto de periculosidade inerente, cujos eventuais prejuízos causados não são indenizáveis, porquanto inexistia vício de qualidade por insegurança ou frustração da legítima expectativa.

Contudo, como exceção a esta regra, Benjamin delineia uma nova categoria: a dos produtos com *periculosidade exagerada* (2008, p. 153). Acerca destes, há uma indecisão doutrinária sobre se se trataria de uma subdivisão dos produtos com risco inerente ou daqueles com defeito de concepção. Fato é que a alocação ideal desta categoria nas subdivisões já explanadas não interfere na conclusão que se virá a chegar: a de que há produtos que, por consequência de sua natureza vil e desarrazoadamente perigosa, não justificam sua circulação no mercado. Explica-se.

De acordo com a indexação de Benjamin, a qual se acolhe, os produtos de periculosidade exagerada são uma subespécie dos produtos de periculosidade inerente. Contudo, no caso daqueles, a mera ciência do perigo que o produto oferece e sua previsibilidade pelo consumidor não é capaz de eximir seus fabricantes da imputação de responsabilidade sobre os danos por eles causados, já que “a informação

adequada aos consumidores não produz maior resultado na mitigação de seus riscos. Seu potencial danoso é tamanho que o requisito da previsibilidade não consegue ser totalmente preenchido pelas informações prestadas pelos fornecedores” (BENJAMIN, 2008, pp. 153 e 154). São aqueles produtos que a doutrina internacional denomina de *unreasonably dangerous* ou *defeituosos por ficção*.

Em vista disso, são produtos que, considerando-se seu potencial nocivo, não justificam sua circulação na sociedade. Para os doutrinadores, o dever de avaliar em quais produtos se verifica a *periculosidade inerente* e em quais se percebe a *periculosidade exagerada* cabe justamente aos tribunais, porquanto se trate de questão por demais sensível, a qual a legislação não se presta a taxar.

Considerando esta possibilidade, Marinoni exara opinião no sentido de que o cigarro é justamente um exemplo de produto de *periculosidade exagerada*, o qual não faz jus à legalidade, uma vez que essa vai de encontro a todos os deveres do Estado no tocante à proteção e asseguaração da saúde dos cidadãos:

Há, para dizer o mínimo, uma gritante contradição entre o dever do Estado de proteger a saúde e a informação de que o cigarro causa câncer de pulmão. Diante da obviedade de que o Estado tem o dever de proteger a saúde, as informações de que o cigarro provoca câncer, inseridas de maneira tímida nos comerciais em que os produtores de tabaco procuram seduzir o consumidor, somente podem ser vistas como um escárnio aos direitos básicos da população (MARINONI, 2008, p. 19).

Aliás, considerando-se o princípio da precaução, é certo concluir que em tal momento a comercialização do cigarro foi privilegiada em relação à saúde do consumidor. Atualmente, reconhecida pela ciência e pelo Estado a nocividade do tabaco, não há outra alternativa senão proibir a sua comercialização. A menos que o Estado se negue a proteger o consumidor, ou melhor, suponha que é melhor arrecadar impostos com a comercialização do cigarro que proteger a saúde das pessoas. Aliás, é preciso frisar que existem estudos que demonstram que tal arrecadação é ilusória, diante dos gastos públicos com doenças provocadas pelo consumo do cigarro (MARINONI, 2008, p. 20).

Neste sentido, portanto, o que se nota é que a conclusão do Superior Tribunal de Justiça pela exclusão da responsabilidade da indústria fumageira em face da mera *periculosidade inerente* do tabaco, desconsiderando-se os valores consagrados pela Constituição Federal, bem como sem contrastar este produto com os demais produtos

de *periculosidade inerente*, os quais justificam sua circulação por contra de seu viés útil e benéfico à sociedade (medicamentos, agrotóxicos, etc.), não é senão simplória e peca por superficialidade.

4.3.3. Cigarro: Produto De Alto Grau De Nocividade

Por fim, o relator afasta a tese de que o cigarro reputar-se-ia produto de alto grau de nocividade e, portanto, que sua venda estaria frontalmente proibida por força do disposto no art. 10, do CDC (“o fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança”).

Para tanto, lança mão da existência de artigo constitucional que menciona as restrições às quais devem se submeter as propagandas de tabaco, bebida alcoólica, medicamentos e terapias (art. 220, §4º, CF), inferindo, desta forma, que o legislador garantiu tacitamente a legalidade da venda destes produtos. Assinala ainda que conceber a proibição da venda desse tipo de produto à luz do CDC significaria submeter a Constituição Federal à regra consumerista, notadamente infraconstitucional, afrontando-se a hermenêutica consagrada.

Acerca do tema, contudo, argumenta-se que a referida norma constitucional visa à garantia de segurança dos cidadãos quando da submissão dos produtos taxados no *caput* a tratamento especial, a fim exclusivamente de advertir e proteger seus usuários sobre os danos e malefícios advindos de seu uso (MARINONI, 2008, p.18), mas jamais no intuito de petrificar a legalidade da vendagem dos produtos citados, tais como as bebidas alcoólicas e o cigarro.

Sintetiza Marinoni que, “melhor explicando: o objetivo dessa norma [art. 220, §4º da CF] não foi garantir a comercialização do tabaco, mas sim proteger a saúde do consumidor. Por isso frisou a necessidade de sua propaganda conter restrições e advertências” (2008, p. 20).

Ainda que se desconsiderasse tal argumentação, o que não parece possível à luz do bom senso, haveria ainda a necessidade de se sopesar outro direito fundamental garantido pela Carta Maior, a saber, o estipulado no art. 196 da CF, ao garantir que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Acerca destas considerações, Marinoni faz contundentes apontamentos:

Por lógica, **se o estado tem o dever de proteger a saúde e a segurança da população, não há como aceitar que ele possa autorizar a venda de um produto que reconhece nocivo ou perigoso**, sem que essa autorização esteja fundada na necessidade de proteção da própria sociedade.

[...]

No que diz respeito ao tabaco, a nocividade não advém da forma do consumo, mas sim do próprio consumo. **O cigarro, diz o Ministério da Saúde, é causador de câncer, gera impotência sexual etc. Isso quer dizer que o Estado já reconheceu de maneira expressa a nocividade do tabaco.**

[...]

Há, para dizer o mínimo, uma gritante contradição entre o dever do Estado de proteger a saúde e a informação de que o cigarro causa câncer de pulmão. **Diante da obviedade de que o Estado tem o dever de proteger a saúde, as informações de que o cigarro provoca câncer, inseridas de maneira tímida nos comerciais em que os produtores de tabaco procuram seduzir o consumidor, somente podem ser vistas como um escárnio aos direitos básicos da população** (MARINONI, 2008, p. 19, grifos acrescentados).

Ressalta-se que, conforme afirmou Benjamin, “nem todos os bens justificam em si ou no cotejo com outros valores sociais e nacionais a adoção do mesmo regime de patenteamento. Alguns são mesmo avessos a qualquer patenteamento” (1994, pp. 25/26). Tal afirmação foi formulada em artigo que se debruça sobre os regimes de patenteamento de alguns produtos, mas pode ser interpretado analogamente ao caso da legalidade da venda de produtos de periculosidade exagerada, concluindo-se que, se nem todos os produtos fazem jus ao mesmo tipo de regulação de patente, tampouco todos os produtos justificam o mesmo regime de licitude de vendagem, conforme faz saber expressamente o art. 10º do CDC.

Se, quando do sopesamento dos benefícios *versus* malefícios trazidos por determinado produto for possível concluir-se pelo peso infinitamente maior de sua

capacidade lesiva, é completamente razoável posicionar-se pela ilegitimidade de sua liberação no mercado, como parece ser o caso do cigarro, sem que se incorra a desobediência daquilo que preconiza a Constituição, uma vez que o objeto do art. 220, §4º, é a proteção do consumidor e não a blindagem da garantia da produção e venda dos produtos lá citados.

Deste modo, nota-se profundamente questionável a interpretação aplicada ao caso pelo eminente Relator do acórdão no que se refere ao afastamento da possibilidade de o cigarro ser um produto cujo risco seja tão exacerbado em face de seus benefícios que sua vendagem (e, portanto, afronta ao art. 10º do CDC) que não justifique sua circulação, fazendo-o com fulcro em dispositivo constitucional que tão somente restringe e exige regulação especial quando de sua publicidade.

4.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se expôs, o Superior Tribunal de Justiça levou em consideração para a lavra de seu posicionamento o nexo causal, a culpa exclusiva da vítima e o conceito do risco inerente ao cigarro. Para configurar o risco inerente, analisou o conceito de defeito do produto, a nocividade potencial de um produto (e, dentro desta, o dever de informação) e, por fim, o alto grau de nocividade dos produtos.

Ao final, concluiu pelo indeferimento dos pleitos indenizatórios, já que vislumbrou ser o cigarro um produto de periculosidade inerente que, porquanto não apresente defeito, não enseja cabimento de indenização pelos danos causados a seus consumidores.

Contudo, conforme se demonstrou, o julgado paradigma apresenta diversas falhas no tocante à profundidade das análises realizadas. A maior parte da doutrina utilizada para embasar o acórdão não fez a principal destinação necessária a fim de se manter coerência técnica ao caso e, não raro, confundiu os conceitos de *risco* com o de *periculosidade*, notadamente diversos, conforme aprofundado no capítulo 3 deste trabalho.

Assim, deixou-se de considerar que, em se tratando de cigarro, não se está diante de um mero produto, o qual apresenta periculosidade inerente uma vez que tal característica é inata e, se alienada do produto, causaria sua total obsolescência, conforme aconteceria com uma faca não cortante, de um agrotóxico não venenoso ou de um medicamento que não gerasse efeitos no corpo humano.

O que se verifica no caso do cigarro é um produto o qual não apresenta qualquer razoabilidade quando ponderadas suas vantagens e desvantagens. Apresenta, portanto, uma periculosidade exagerada e que não respalda qualquer permisividade do Estado em relação ao seu uso.

É inegável, por outro lado, que sustentar a proibição do cigarro em tempos em que se discute a legalização de outras drogas não parece ter cabimento. No entanto, alternativamente, em se admitindo que os danos causados pelo fumo existem e prejudicam não só fumante, mas o Estado e Administração Pública como um todo, o melhor caminho a se seguir a fim tanto de desestimular a produção quanto o consumo de tabaco talvez fosse reputá-lo como um produto que gera danos indenizáveis. Assim, a responsabilização geraria seus efeitos pedagógicos tanto para o produtor, que seria condenado ao pagamento de indenização, quanto para o consumidor, que teria estes custos socializados e os sentiria diretamente no bolso.

Importante ressaltar também que este trabalho não se propõe a análise da universalidade dos fundamentos utilizados para afastar a incidência da responsabilidade civil ao caso, mas exclusivamente do *risco inerente do cigarro* e seu enfrentamento pela Corte Superior brasileira, uma vez a questão da configuração e comprovação de nexo causal adequado ainda parece constituir o óbice mais intransponível à procedência dos pleitos indenizatórios em casos de danos causados pelo tabagismo.

5. CONCLUSÃO

Ao fim do trabalho, impossível não concluir pela complexidade e sensibilidade do tema. Inicialmente, analisando-se o arcabouço histórico da origem da proteção do consumidor nas relações civis, notou-se que, com o evoluir da tecnologia, consumidor e fornecedor acabaram cada vez mais por se afastar e tornar-se polos de uma relação que anteriormente reputava-se igual – inclusive porque aquele que hoje era consumidor, amanhã seria o fornecedor, dada a natureza das relações e do modo de produção pré burguesia.

Com o desenvolvimento das atividades mercantis, cada vez mais intermediadores foram sendo colocados entre o produtor e seu consumidor final, dando cada vez mais a tônica de impessoalidade ao trato, outrora próximo e informal. A partir da revolução industrial e do aumento considerável da fabricação de bens de consumo, configurou-se de uma vez por todas os ditames da relação massificada que hoje conhecemos como consumo.

Se por um lado a revolução tecnológica trouxe evidentes melhoras à qualidade de vida da população mundial, as relações contratuais conforme as conhecíamos acabaram por estremecer. Os pressupostos que antes embasavam as avenças – tais como a paridade de armas, a possibilidade de discussão de cláusulas e até mesmo a possibilidade de conhecer as características do produto pormenorizadamente – foram mitigadas em função da massificação também das contratações.

Neste norte, surge a necessidade de quebrar-se os paradigmas anteriormente estabelecidos para a regulamentação das relações contratuais em vista de reequilibrar as relações que haviam, por consequência das mudanças no mercado e na economia, tornado-se desiguais. Assim, surgem as primeiras noções de direito do consumidor, que vêm sendo aprimoradas e modificadas até hoje, visando sempre o aprumo dos polos consumidor e fornecedor.

De outra banda, a Responsabilidade Civil que também vinha adequando-se às novas realidades, passa, cada vez mais, a abrandar a aplicabilidade do requisito da

culpa a fim de vislumbrar o dever de indenizar para substituí-lo pela ideia de risco e da responsabilidade objetiva.

Assim, hoje tem-se estabelecido, entre outros, o conceito de *risco inerente*, cujo mote é justamente identificar o tipo de periculosidade contido em determinados produtos que, por decorrência de seu uso normal e recomendado, ainda assim podem vir a causar danos que ensejam reparação.

Pormenorizando seus fatores intrínsecos, verificou-se que o *risco inerente* é, em verdade, uma nomenclatura generalizada que se presta à categorização de produtos cuja periculosidade tem as diferentes naturezas (inerente, adquirida ou exagerada) e que padecem de defeitos das mais diversas sortes (de fabricação, de concepção ou de comercialização). Embora comumente aglomerem-se facas, andadores, cordas, inseticidas, medicamentos e cigarros num mesmo grupo, em uma análise mais profunda, nota-se que o risco inerente apresentado por cada uma dessas é de ordem completamente distinta e, portanto, não fariam jus ao mesmo regime jurídico.

Especificamente no caso do cigarro, de acordo com a referida conceituação, este parece se tratar de um risco de periculosidade exagerada cujo defeito tem origem na sua concepção, e não na sua fabricação, comercialização ou uso, como sugerem alguns juristas.

Ainda assim, importante esclarecer que não se pretende compelir as condenações por danos causados pelo uso de tabaco à sua conceituação na gama de produtos de risco inerente, já que a conclusão pela responsabilização do fornecedor pelos danos causados pelo cigarro perpassa por diversas outras esferas do direito civil as quais não se restringem somente à configuração ou não de uma periculosidade teoricamente inaceitável.

Conforme se discutiu, questões como a configuração de nexo causal adequado, a ciência da vítima a respeito dos riscos que corria e até mesmo a discussão acerca do livre arbítrio do consumidor são deveras profundas e merecem um estudo próprio para que se possa concluir pelo cabimento ou não das indenizações.

No entanto, no que diz respeito à análise do risco inerente do cigarro realizada pela jurisprudência pátria e sobreposta pela egrégia Corte Superior, impossível posicionar-se senão por sua fragilidade e nebulosidade, uma vez que levanta dados e

argumentos unilaterais, sem considerar os diversos parâmetros e fatores que a Doutrina majoritária sopesou quando debruçada sobre os estudos do risco inerente.

Deste modo, considerando-se que o Direito é uma ciência viva e que não depende exclusivamente da positivação; considerando-se a gravosa mácula que causa o uso do cigarro tanto para a saúde dos sujeitos enquanto particulares quanto para os cofres públicos; e considerando-se, por fim, a realidade da sociedade atual e a aparente impossibilidade de se trazer à tona a possibilidade de proibição de uma droga tão amplamente utilizada pela população, parece bastante razoável que se pense em formas de desincentivo ao consumo do tabaco de forma mais incisiva do que se viu até hoje.

Em termos de Direito Civil e de Responsabilidade Civil, sugere-se que tal guinada aconteça a partir de um ativismo judicial, o qual, reputando os danos causados pelo cigarro como passíveis de indenização, forçaria a socialização destes custos na forma do aumento do preço do produto que, por sua vez, culminaria indiscutivelmente numa diminuição de seu consumo, preservando os cofres públicos e poupando na medida do possível o consumidor dos malefícios do fumo sem interferir na sua liberdade de escolha.

6. BIBLIOGRAFIA

BARBOSA, Maria Letícia de Castro. Doenças Multifatoriais e os Desafios no Planejamento de Fármacos Multialvos: A Contribuição do Laboratório de Avaliação e Síntese de Substâncias Bioativas – LASSBio. *Revista Virtual de Química*. Publicação Eletrônica, v. 7, n. 2, p. 577 - 293. mar./abr. 2015.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconsellos e. Proteção do consumidor e patentes: o caso dos medicamentos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.10, p. 21-26, abr. 1994.

_____. Fato do produto e do serviço. **BDJur**. Brasília, 30 jan. 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16340>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Responsabilidade civil por danos causados por remédios. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 29, p. 55 - 62, jan. 1999.

DELFINO, Lucio. O direito intertemporal e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas ações indenizatórias ajuizadas por fumantes contra a indústria do fumo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo , v.16, n. 62, p. 124-138, abr./jun. 2007.

DELFINO, Lúcio. O fumante e o livre-arbítrio: um polêmico tema envolvendo a responsabilidade civil das indústrias do tabaco. **Revista Jurídica**. Porto Alegre , v.55, n. 361, p. 63-87, nov. 2007.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Vol. I. 10a ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

LOPEZ, Teresa Ancona (coordenadora). **Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente – o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. A tutela do consumidor diante das noções de produto e serviço 'defeituosos'. A questão do tabaco. **Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro**, Belo Horizonte , v.16, n.63, p.11-22, jul./set.2008.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MOURA, Caio Roberto Souto. Responsabilidade Civil e Sua Evolução Em Direção ao Risco No Novo Código Civil. **Revista AJUFERGS**, Porto Alegre, n. 2, 2005. Disponível em: <http://www.ajufergs.org.br/revistas/rev02/01_artigo_resp_civil_em_dir_ao_risco_no_novo_cod_civil.pdf>. Acesso em: 15 setembro 2015.

ORSOVAY, Natalia Yazbek. **O Problema Do Nexo Causal Na Responsabilização Das Empresas Tabagistas**. 80 f. Monografia (Graduação em Direito) – Escola de Direito, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2013.

PASQUALOTTO, Adalberto. O Direito dos Fumantes à Indenização. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, v. 41, n. 133, p. 13 - 45, mar. 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.